

Forvaltningspraksis som rettskildefaktor

Kandidatnr: 236

Veileder: Sunniva Cristina Bragdø

Leveringsfrist: 25.04.03

Til sammen 16 459 ord

Dato 24.04.03

Innholdsfortegnelse

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	OPPGAVENS PROBLEMSTILLING	1
1.1.1	FORVALTNINGEN	2
1.1.1.1	Sentralforvaltningen	3
1.2	ENKELTVEDTAK	4
1.2.1.1	Rettssikkerhet	4
1.3	METODE	4
1.3.1	RETTSKILDEPRINSIPPENE	4
1.3.2	RETTSANVENDELSE	6
1.4	DEN VIDERE FREMSTILLING	7
2	<u>GENERELLE TREKK VED FORVALTNINGSPRAKSIS</u>	8
2.1	RETTSLIG GYLDIGHET	8
2.2	INDELING ETTER INNHOLD	9
2.2.1	LOVTOLKNINGSPRAKSIS	10
2.2.2	SKJØNNSPRAKSIS	11
2.2.2.1	Tolkningsspørsmål	12
2.2.3	SUBSUMSJONSSPØRSMÅL	14
2.3	OMFANG	16
2.4	ER FORVALTNINGSPRAKSIS EN RELEVANT RETTSKILDEFAKTOR?	17
2.5	FORVALTNINGSPRAKSISENS KILDER OG DET RETTSLIGE TERRENG	18
2.5.1	SIVILOMBUDSMANNENS UTTALELSER	18
2.5.2	FORVALTNINGENS ORGANISASJONS- OG INSTRUKSJONSMYNDIGHET	20
2.5.3	OMGJØRINGS- OG KLAGEADGANGEN I FORVALTNINGEN	22
2.5.4	JUSTISDEPARTEMENTETS LOVAVDELING	22
2.5.5	JURIDISK LITTERATUR	22
2.5.6	FORVALTNINGENS AVGJØRELSE	23
2.5.7	RUNDSKRIV	23
2.5.8	FORVALTNINGENS ANSATTE	24
2.6	OVERORDNEDE FORVALTNINGSRETTSLIGE HENSYN OG PRINSIPPER	24
3	<u>SÆRSKILTE METODESPØRSMÅL</u>	29

3.1	POLYSENTRI	29
3.2	VARIASJON OG LIKHET	31
3.3	BETYDNINGEN AV FORVALTNINGSOMRÅDETS SÆRTREKK	32
3.4	TOLKNING AV FORVALTNINGSPRAKSIS	34
3.5	TILGJENGELIGHET	36
3.5.1	OFFENTLIGHETSLOVEN	37
3.6	INSTRUKSER	39
3.6.1.1	Binding av skjønnsmyndighet	40
3.7	FORVALTNINGSPRAKSIS DE LEGE FERENDA	43
3.7.1	RETTSSIKKERHET OG RETTSRIKTIGHET	43
3.7.2	HVILKEN VEKT BØR FORVALTNINGSPRAKSIS HA?	44
3.7.3	POLITISKE FORHOLD	47
3.7.4	MEDIENES ROLLE	47
<u>4</u>	<u>RETTSKILDEMESSIG VERDI, HØYESTERETTS AVGJØRELSER</u>	<u>49</u>
4.1	INNLEDNING	49
4.2	YRKESKADEDOM I OG II	51
4.3	IBESTAD HAVFISKE (RT. 1973 s. 679)	58
4.4	KLAGEFRISTKJENNELSE (RT. 1980 s. 1070)	61
<u>5</u>	<u>AVSLUTNING</u>	<u>65</u>
<u>6</u>	<u>LITTERATURHENVISNING</u>	<u>66</u>

1 Innledning

1.1 Oppgavens problemstilling

Målet med oppgaven er å gi en samlet fremstilling av forvaltningspraksis som rettskildefaktor.

Juridisk teori, først og fremst ved Eckhoff, opererer med en ”liste over de typer av argumenter som tillegges relevans”¹. Eckhoffs liste inneholder rettskildefaktorer som lovtekst, forarbeider og rettspraksis, for å nevne noen. Forvaltningspraksis er en del av denne listen². På denne måten er forvaltningspraksis en rettskilde på lik linje med de andre nevnte faktorer. I en slik sammenheng vil en rettskildefaktor fremstå som bærer av et juridisk relevant argument uten å forholde seg til variasjoner mellom ulike rettsanvendere. I prinsippet skal innholdet være det samme, uten hensyn til hvem som er rettsanvender. Det er først og fremst på denne måten jeg skal behandle forvaltningspraksis.

Den tradisjonelle rettskildelæren styres av uskrevne normer og prinsipper. Disse legger føringer på hvordan rettskildefaktorene skal eller kan anvendes³.

Rettskildefaktorene og rettskildeprinsippene utgjør til sammen grunnlaget for rettsanvendelsen. Rettskildeprinsippene er med på å sikre en mest mulig ensartet anvendelse av rettskildefaktorene til tross for rettsanvenderens ulike forutsetninger.

¹ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 23 flg., Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 158.

² Rettskildefaktoren forvaltningspraksis anses for å være ”andre myndigheters praksis” hos Eckhoff og i andre juridiske fremstillinger.

³ I juridisk teori blir rettskildeprinsippene fremstilt på noe forskjellige måter, dette kommer jeg tilbake til under pkt. 1.3.1.

Når man skal ta stilling til et spørsmål som berører et individs rettigheter og/eller plikter, kan dette innebære anvendelse av flere rettskilder. Som et generelt utgangspunkt vil for eksempel rettskildeprinsippene føre til at en relevant lovtekst er en kilde som rettsanvenderen må ta med i sin avgjørelse. I tillegg vil det være mange andre relevante kilder som kan tas i betraktning når et rettsspørsmål skal avgjøres, for eksempel forvaltningspraksis. Rettskildelæren stiller på normativt vis opp regler for hvordan disse kan, skal og bør avveies mot hverandre⁴.

Målet med denne delen av fremstillingen er å vise særtrekk ved forvaltningspraksis som en rettskildefaktor.

En annen tilnærming er spørsmålet om forvaltningspraksis som *rettslig kompetansegrunnlag*. Denne tilnærmingen dreier seg om forvaltningspraksis alene kan være et selvstendig rettslig grunnlag for å regulere individers rettsstilling⁵. Oppgaven behandler forvaltningspraksis som *rettskildegrunnlag*. Dette er spørsmål som ikke må blandes. Jeg vil ikke behandle forvaltningspraksis som rettslig kompetansegrunnlag i oppgaven.

1.1.1 Forvaltningen

Forvaltningen er en samlebetegnelse på det administrative apparat underlagt den utøvende makt, Regjeringen, som er et av de tre styrende maktorganene i vår statsordning, jfr. Grl. § 3. Bestemmelsen gir den utøvende myndighet til Kongen. Det er sikker tolkningspraksis av konstitusjonell rang at Kongen betyr Regjeringen i dagens organisering av statsapparatet.

Forvaltningen setter lovgivers vilje ut i praksis. Konsekvensen av arbeidsdelingen mellom Storting og Regjering gjør at det er forvaltningen som tar seg av individuelle vedtak⁶. I praksis betyr dette at forvaltningen fatter vedtak overfor den enkelte borger,

⁴ Spørsmålet om forholdet mellom relevans- og vektprinsippene behandles nærmere under pkt. 1.3.1

⁵ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 235.

⁶ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 198.

såkalt enkeltvedtak⁷. Innholdsmessig kan enkeltvedtak omfatte tillatelser, påbud/forbud, dispensasjoner, konsesjoner etc.

Forvaltningen er ordnet etter fagområder⁸ og særpreges av den hierarkiske oppbygningen som strekker seg langt ned til den lokale forvaltning⁹. Deler av den hierarkiske oppbygningen må modifiseres på grunn av det kommunale selvstyre, jfr. prinsippet i lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. sept. 1992 nr. 107 § 6.

Den hierarkiske strukturen fungerer som en grunnleggende faktor for forvaltningspraksisens utvikling og eksistens fordi det er tale om overordnet styring. Dette vil jeg komme tilbake til under pkt. 2.5.2 om forvaltningens organisasjons- og instruksjonsmyndighet.

1.1.1.1 Sentralforvaltningen

Jeg vil holde fremstillingen innenfor den sentrale forvaltning. Dette er organer på et høyere statlig nivå som omfatter bl.a. Regjeringen, departementene og direktoratene. Til sentralforvaltningen hører i tillegg spesielle styrever og råd¹⁰.

Det er fra sentralforvaltningen de prinsipielle spørsmål blir behandlet. Dette henger sammen med forvaltningens hierarkiske oppbygning. Hensynet til ensartethet i rettsanvendelsen tilsier at det skjer en overordnet styring. Ensartethet kan skape like avgjørelser. Dette vil igjen bidra til publikums tillit til forvaltningen, noe som den er avhengig av publikums for å fungere best mulig. Sentralforvaltningens instruksjonsmyndighet og klage- og omgjøringskompetanse er det rettslige fundament for å skape ensartethet.

⁷ Se pkt. 1.2 nedenfor.

⁸ Vi har i dag 17 departementer i tillegg til statsministerens kontor.

⁹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 33 beskriver den hierarkiske oppbygningen som "den grunnleggende [form for] forvaltningsorganisering".

¹⁰ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997 s. 99.

1.2 Enkeltvedtak

Jeg vil drøfte de spesielle metodespørsmål i lys av enkeltvedtak, jfr. fvl. § 2, 1. ledd, bokstav b. Ifølge bestemmelsen er det "vedtak som gjelder rettigheter eller plikter til en eller flere bestemte personer". Grunnen til dette er at enkeltvedtak utgjør en stor del av forvaltningens virksomhet. Dette vil især gjøre seg gjeldende når saksmengden består av likeartede saker av kurant karakter som for eksempel skattevedtak og trydgerettslige vedtak.

1.2.1.1 Rettssikkerhet

Tradisjonelt sett er rettssikkerhet forstått som at "den enkelte skal være beskyttet mot overgrep og vilkårlighet fra myndighetenes side"¹¹. I dette ligger også tanken om at den enkelte skal kunne forutberegne sin rettsstilling og at like tilfeller skal behandles likt.

Rettsgrunnlagene danner utgangspunkt for hva myndighetene kan foreta seg overfor individene. Tolkning av rettsgrunnlagene har på denne måten avgjørende betydning for hva myndighetene kan foreta seg. Myndighetenes tolkning vil derfor være av sentral betydning for om rettssikkerhetshensynene er ivaretatt i tilstrekkelig grad. Det er i denne sammenheng forvaltningspraksis som rettskildefaktor kommer inn.

Det er mange hensyn som kan føres tilbake til tanken om rettssikkerhet¹².

Forvaltningspraksis' mindre autoritære utgangspunkt tilsier at publikums tillit til forvaltningen må gå foran. I tillitsforholdet ligger forventningene om at forvaltningen fatter like vedtak i saker med likt faktum. Hensynet til forutberegnelighet er også et sentralt hensyn som tilgodeser publikums mulighet til å innrette seg etter gjeldende rettstilstand.

1.3 Metode

1.3.1 Rettskildeprinsippene

Rettskildeprinsippene legger føringer på hvordan rettskildefaktorene skal eller kan vurderes og avveies mot hverandre.

¹¹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 69.

¹² Graver, *Forvaltningsprosessen*, Oslo 1997, s. 29.

Prinsippene har blitt utviklet gjennom domstolene, først og fremst av Høyesterett. I og med at Høyesterett avgjør enkeltsaker, vil metoden følge mer indirekte av avgjørelsene. Juridisk metode fremstilles gjennom Høyesteretts rettsanvendelse.

Metoden blir fremstilt noe forskjellig i juridisk litteratur. Boe inndeler rettskildeprinsippene i relevans, slutning og vekt¹³. Oppdelingen danner utgangspunktet for fremstillingen av den juridiske metode i hans bok. Ethvert metoderettslig spørsmål kan ifølge Boe knyttes til en av kategoriene. Til sammenligning er Eckhoffs fremstilling ikke så skjematisk¹⁴. Inndelingen i relevans, slutning og vekt kommer også frem i hans bok. Forskjellen er at Eckhoffs utgangspunkt tas i rettskildefaktorene. Fremstillingen av rettskildeprinsippene kommer mer indirekte frem hos Eckhoff enn hos Boe.

Til tross for de ulike utgangspunkter og fremstillinger er den juridiske metode innholdsmessig den samme. Det er forfatterens pedagogiske måte å fremstille stoffet på som er forskjellig. Det juridiske resultatet, regelen, vil bli den samme uavhengig av hvilken fremstilling rettsanvenderen forholder seg til. Jeg vil ta for meg det innholdsmessige i den juridiske metoden, uavhengig av den enkelte forfatters utgangspunkt.

Tilnærmingen til rettskildeprinsippene relevans og vekt er noe forskjellig¹⁵. Det vil si, det er forholdet mellom de som kan fremstilles forskjellig. Når rettsanvenderen skal avgjøre regelens innhold, finnes det mange forhold som kan være ønskelig å ta i betraktning. Bruken av rettskildeprinsippet relevans danner utgangspunktet for hvilken betydning vektprinsippet får. Dersom argumentene ikke siles i relevansomgangen, er det avveiningen av argumentene som får avgjørende betydning for resultatet. Motsatt kan relevansprinsippet bidra til å sile bort de argumenter som ikke vil få betydning for resultatet. Avveiningen vil dermed få begrenset betydning.

¹³ Boe, *Innføring i juss, Juridisk tenkning og rettskildelære*, Oslo 1996.

¹⁴ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997.

¹⁵ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 261 flg. tar for seg denne sonderingen under pkt. 4.4.

Det er knyttet både fordeler og ulemper til hver av tilnærmingsmåtene. Faren ved å sile rettslige argumenter i relevansomgangen er at viktige momenter kan overses. Ulempen med å forskyve argumentene til vektomgangen er at viktige argumenter ikke får den vekt som de fortjener fordi mange argumenter skal avveies. I den juridiske litteratur diskuteres det hvilken tilnærmingsmåte som gir best resultat¹⁶.

Den nærmere beskrivelsen av forvaltningspraksis som rettskildefaktor, gjør at jeg behandler den som en relevant rettskilde.

1.3.2 Rettsanvendelse

En rettsanvender overfører retten til enkelttilfeller. Er lovteksten noenlunde klar og ikke gir rom for særlig tolkningstvil, vil rettsanvendelsen bestå i å subsumere sakens faktum under reglene. Den syntetiske¹⁷ og fragmentariske oppbygningen av vårt lovverk gjør imidlertid at de rettslige grunnlag ofte må tolkes før man kan si noe om hva regelen går ut på.

Det er mulig å se ”rettsanvendelse” i flere betydninger. Juridisk litteratur bruker ”rettsanvendelse” noe forskjellig.

Boe bruker ”rettsanvendelse” som betegnelse på overføring fra en regel til en konkret sak, altså subsumsjonen. Han betegner det som ”(direkte) regelanvendelse”¹⁸. ”Rettsanvendelse” i denne sammenheng innebærer at tolkningsprosessen ikke er innlemmet i begrepet.

Helset bruker ”rettsanvendelse” om hele prosessen, inkludert tolkningsprosessen. Subsumsjonen er på denne måten bare den siste del av rettsanvendelsen under Helsets betegnelse¹⁹.

¹⁶ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986, s. 286.

¹⁷ Den syntetiske lovgivningsmetode er det motsatte av den kasuistiske. Lovgivningsmetoden gjør at lovens innhold kan endres selv om lovteksten forblir den samme. Dette gjør lovene utviklingsdyktige i tråd med utviklingen av samfunnet. Jfr. Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 263.

¹⁸ Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 65.

¹⁹ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986, s. 279.

Å gi "rettsanvendelse" den første eller andre betydning endrer ikke prosessen i seg selv. Hvor mye tolkning som skal til, følger av det enkelte rettslige grunnlag.

Proessen med å finne innholdet av en rettsregel og deretter anvende det på den konkrete sak er sammensatt. Et saksutfall kan være avhengig av en tolkning av den enkelte rettskildefaktor. For eksempel kan en uklar lovtekst skape behov for en konkret tolkning av enkelte ord og uttrykk. Tolkningsprosessen kan også influeres av hvilket faktum som skal avgjøres. Fordi prosessen med å overføre retten på en konkret sak er så sammensatt, kan dette være god grunn til å bruke "rettsanvendelse" om hele prosessen, samlet sett. På denne måten er tolkningen en del av rettsanvendelsesprosessen. Jeg benytter "rettsanvendelse" i dens vide betydning fremover i oppgaven. Dette tilsvarer Helsets bruk av "rettsanvendelse"²⁰.

1.4 Den videre fremstilling

Jeg har delt inn fremstillingen av forvaltningspraksis som rettskildefaktor i tre deler. I første del tar jeg for meg de generelle trekk ved forvaltningspraksis som rettskildefaktor. Som sammenligningsgrunnlag bruker jeg de øvrige relevante rettskildefaktorer som for eksempel lovtekst og rettspraksis. I annen del behandler jeg de mer spesielle metodiske spørsmål som gjelder for rettskilden. Siste del gjelder Høyesteretts syn på forvaltningspraksis og dens anvendelse av kilden i sin rettslige argumentasjon. Dette vil jeg belyse gjennom en nærmere redegjørelse for noen av Høyesteretts avgjørelser hvor forvaltningspraksis inngår i rettskildegrunnlaget.

²⁰ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986, s. 279.

2 Generelle trekk ved forvaltningspraksis

Denne delen av oppgaven skal gi forståelse av forvaltningspraksis som rettskildefaktor. For å vise generelle trekk, vil jeg anvende andre rettskildefaktorer som referanse der det er nødvendig.

2.1 Rettslig gyldighet

For at forvaltningspraksis skal kunne benyttes i rettsanvendelsesprosessen må den ha rettslig gyldighet²¹. Spørsmålet om forvaltningspraksis' rettslige gyldighet dreier seg om hvilket grunnlag den utleder sin rett fra.

Høyesterett er Norges øverste domstol²². I dette ligger at underretters avgjørelser kan bli overprøvd av Høyesterett. Det er derfor alminnelig antatt at underrettene vil forholde seg til rettsspørsmål som antas å kunne stå seg ved en konfrontasjon i Høyesterett²³. Formelt sett er underrettene bundet av Høyesteretts avgjørelser. Høyesterett anses for å være retningsgivende i utviklingen av den juridiske metode²⁴. Høyesteretts posisjon innebærer at domstolen kan tillegge forvaltningspraksis den nødvendige rettslige gyldighet.

Dette innebærer likevel ikke at alle rettskildefaktorer utleder sin rettslige gyldighet fra Høyesterett. Høyesterett kan for eksempel ikke innskrenke lovteksters gyldighet i sin alminnelighet. Dette skyldes at Høyesterett og formelle lover utleder sin gyldighet fra samme rettslige grunnlag, Grunnloven, jfr. Grl. §§ 76 flg. og § 88.

²¹ Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 165 betegner dette som "grunnkrav til relevans". På samme måte som formelle lover må være vedtatt av kompetent myndighet, må forvaltningspraksis også ha rettslig gyldighet.

²² Grl. § 88, "dømmer i sidste Instans"

²³ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 159.

²⁴ Dette berører spørsmålet om det finnes flere rettssentra i rettskildelæren. Dette blir behandlet under pkt. 3.1.

2.2 Inndeling etter innhold

Det eksisterer ingen klar definisjon av hva forvaltningspraksis er. Sammenlignet med definisjoner som gjelder for andre rettskilder er forvaltningspraksis en uklar rettskilde, både med hensyn til innhold og omfang. De rettslige argumenter har sitt utspring i forvaltningens arbeid og er av varierende karakter. Variasjonen kan ses på bakgrunn av de kilder som forvaltningspraksis kommer til uttrykk gjennom²⁵. Formelle lover er definert i Grunnloven (GrL.), jfr. §§ 76 flg. Forskjellen sier noe om forvaltningspraksisens vage karakter i forhold til kilder av mer autoritativ karakter, slik som for eksempel formelle lover.

Forvaltningspraksis gjennomgår ikke den samme formelle og demokratiske prosessen som lover gjør. Som rettskilde må man derfor finne andre hensyn som gir praksisen en rettskildemessig verdi. Slike hensyn kan bl.a. være hensynet til likhet og forutberegnelighet. Dette kommer jeg nærmere tilbake til under punkt 2.6 om overordnede forvaltningsrettslige hensyn og prinsipper nedenfor.

Enkelte ganger finner man klare eksempler på forvaltningspraksis. Andre ganger er det like klart at man ikke står overfor forvaltningspraksis som en rettskilde. Mellom ytterpunktene er det innholdet som kan gi svaret på om det er forvaltningspraksis man står overfor. Hvem som vurderer forvaltningens praksis, vil også ha noe å si for hvordan den blir definert²⁶. I oppgavens sammenheng er det ikke nødvendig å definere forvaltningspraksis på en klar måte. Jeg vil forsøke å gi en forklaring av forvaltningspraksis gjennom oppgaven.

Det er forvaltningens praksis som rettskilde som skal undersøkes. At det dreier seg om praksis, forutsetter normalt at de samme rettslige spørsmål bli løst på samme grunnlag, og at forståelsen er praktisert over et ikke ubetydelig tidsrom gjennom et antall saker. Faktorene er nødvendige for at det kan sies å foreligge en praksis. De retningslinjer som

²⁵ Dette vil jeg ta for meg under pkt. 2.5.

²⁶ Forskjellene kommer frem ved sammenligning av forvaltningens og domstolenes bruk av forvaltningspraksis.

praksisen bygger på er dermed ikke forvaltningspraksis i seg selv, men danner utgangspunktet for at praksis kan dannes.

En mulig måte forvaltningspraksis kan tenkes oppdelt på, er etter dens innhold. Det kan ses som en konsekvens av hvordan lovgiver tillegger forvaltningen kompetanse på. Dette kan inndeles i lovtolkningspraksis og skjønnspraksis.

Et utgangspunkt må det likevel holdes fast ved, til tross for inndelingen i lovtolknings- og skjønnspraksis. Det gjelder domstolenes rolle under rettsanvendelsen. Eckhoff sier at det alminnelige utgangspunkt er at: "...*både* tolkning av og subsumsjon under rettsregler som gir forvaltningen kompetanse, reiser *rettslige* spørsmål." Domstolene har den siste og avgjørende myndighet i slike rettslige spørsmål. Eckhoff sier videre: "Det er *unntak* fra denne hoveregelen²⁷ som eventuelt må begrunnes"²⁸.

2.2.1 Lovtolkningspraksis

De rettslige grunnlagene som forvaltningen bygger sine avgjørelser på vil ofte måtte tolkes for å finne regelens rettslige innhold. For eksempel er lovens ordlyd sjelden presis nok til å kunne anvendes direkte på foreliggende faktum²⁹. Dette er en konsekvens av vår lovgivningsteknikk³⁰ og språket i sin alminnelighet. For at forvaltningen skal kunne behandle like saker likt, vil det oppstå et behov for samordning av rettsanvendelsen. Samordning kan skje bl.a. gjennom retningslinjer og instruksjoner fra overordnede organer i forvaltningen³¹. Slik styring kan bidra til at loven tolkes på samme måte på det lokale trygdekontor som i sosialdepartementet. Hvis den samme tolkningsoppfatningen blir anvendt i flere saker, kan det danne seg lovtolkningspraksis. Denne type lovtolkningspraksis er et eksempel på forvaltningspraksis.

²⁷ Skrivefeil i bok.

²⁸ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 279.

²⁹ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 54 karakteriserer lovspråket som "vagt".

³⁰ Lovgivningsteknikken går bl.a. ut på å gjøre lovtekstene utviklingsdyktige, jfr. Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 224, Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 60 flg.

³¹ Se pkt. 2.5.2.

Saksbehandlingstiden³² kan være en flaskehals i organer med særlig stor saksmengde. (heretter kalt masseforvaltningen³³). Helset³⁴ karakteriserer rettsanvendelsen i masseforvaltningen som gjennomgående preget av tidspress³⁵. For å avhjelpe problemet med tidspress, kan klare regler bidra til raske avgjørelser. Styring av rettsanvendelsen kan også bidra til å effektivisere saksbehandlingen. En effektiv saksbehandling er ressursbesparende. Det vil si at forvaltningsorganet får frigjort tid slik at de kan betjene større saksmengde. På denne måten kan forvaltningen ha behov for å utvikle erfaringsmateriale i form av lovtolkningspraksis. Lovtolkningspraksis kan dermed bidra til at forvaltningen kan ta raske, ensartede og mer materielt riktige avgjørelser.

Forvaltningsområder med stor saksmengde kan ha et særlig behov for lovtolkningspraksis. Lovtolkningspraksis kan bidra til å klarlegge reglens innhold. En enhetlig rettsanvendelse kan signalisere at forvaltningen behandler like saker likt. Dette bidrar til å øke publikums tillit til forvaltningen. Til tross for at forvaltningen i sin saksbehandling skal anvende den juridiske metode på samme måte som andre rettsanvendere, kan en utstrakt bruk av lovtolkningspraksis føre til at det likevel eksisterer forskjeller i bruken av rettskilder. Helset beskriver dette som at ”Rundskriv og forvaltningspraksis har en tendens til å overta den sentrale plassen som lov og rettspraksis har for jurister.”³⁶.

2.2.2 Skjønnspraksis

Arbeidsdelingen mellom lovgiver og forvaltning kommer til uttrykk på flere måter, ut over at det er forvaltningen som fattet enkeltvedtak. Forvaltningen blir tillagt kompetanse gjennom lovgivningen³⁷. Kompetansetildelingen etter lovgivning kan deles

³² Det ligger også et lovfestet krav til saksbehandlingstiden. Fvl. § 11a sier at forvaltningsorganet skal ”avgjøre saken uten ugrunnet opphold”.

³³ Schartum, *Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning*, Oslo 1993, s. 3 anvender begrepet ”masseforvaltning”

³⁴ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 263.

³⁵ Schartum, *Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning*, Oslo 1993, s. 2, nevner den sterke sammenheng mellom stor saksmengde og grad av ”rutinisert” saksbehandling.

³⁶ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 264.

³⁷ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 194.

inn i to forhold, tolkning og subsumsjon. Forskjellen ligger i forvaltningens kompetanse hva gjelder tolking og subsumsjon i enkelttilfeller³⁸. Graver sier at

*”Vi kan derfor skille mellom et rettslig skjønn som er vurderinger ut fra vanlige rettskildeprinsipper, og andre typer av skjønn som skjer ut fra andre kriterier.”*³⁹.

Det rettslige skjønn ligger i tolkningsprosessen som er styrt av rettskildeprinsippene. Dette kalles rettsanvendelsesskjønn⁴⁰. Den andre kategori av skjønn som skjer ”ut fra andre kriterier” er den konkrete subsumsjon der flere typer av hensyn får spille inn i vurderingen, for eksempel politiske hensyn. Eckhoff sier at ”Instrukser er ofte tjenlige midler for de høyeste statsorganer til å stake opp den politiske kurs på vedkommende saksområde.”⁴¹. Dette kalles subsumsjonsskjønnet.

2.2.2.1 Tolkningsspørsmål

Når forvaltningen blir tillagt kompetanse gjennom lovgivningen, vil det bero på en tolkning av loven(e) hvilken kompetanse forvaltningen virkelig er gitt. Det er en rettslig oppgave å tolke lover⁴². Det innebærer at domstolene har det avgjørende ord for hvordan ord og uttrykk i loven skal forstås. Lover inneholder ofte vage ord og uttrykk⁴³ som forvaltningen må forholde seg til når et vedtak skal fattes. Slike ord og uttrykk kan i visse tilfeller være så skjønnspregede og teknisk utformet, at det er nærliggende å anta at forvaltningen er nærmest til å presisere innholdet⁴⁴. Eksempel på et slikt skjønnspreget uttrykk finnes i lov om skogbruk og skogvern av 21. mai 1965 (skogbruksloven) § 50 første ledd. Det er en unntaksbestemmelse fra lovens begrensninger om eiers beføyelser på skog og andre plikter i forbindelse med skoghold.

³⁸ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 253-254.

³⁹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 254-255.

⁴⁰ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 268. Graver, *Materiell forvaltningsrett*, s. 255 kaller også dette for ”rettsanvendelsesskjønn”. Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 70. kaller dette for ”lovskjønn”.

⁴¹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 164.

⁴² Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 268.

⁴³ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 54, Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 224.

⁴⁴ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 186 kaller slike skjønnspregede uttrykk for ”ubestemte - elastiske - uttrykk ”

Bestemmelsen sier at loven ikke skal være til hinder for at ”marken [blir] dyrket til jordbruksformål”. Uttrykket ”jordbruksformål” er såpass upresist at det krever en tolking. Til tross for at det er nærliggende å anta at det er forvaltningen som er best skikket til å presisere ”jordbruksformål”, skal det særdeles mye til for at domstolene ikke har det avgjørende ord⁴⁵. Spørsmålet om hvem som har det avgjørende ord, vil snarere melde seg i subsumsjonsomgangen, når det enkelte tilfelle skal avgjøres.

Til det rettslige tolkingsspørsmål hører også den klarere og friere form for kompetanseoverføring til forvaltningen. Dette kalles det frie forvaltningsrettslige skjønn⁴⁶. De materielle grenser for forvaltningens skjønnsmessige kompetanse beror på en rettslig tolkning slik som nevnt ovenfor. Eksempel på dette finnes i lov om vern mot forurensninger og om avfall av 13. mars 1981 nr. 6 (forurl.) § 11 første ledd. Den bestemmer at ”Forurensningsmyndigheten kan etter søknad gi tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning.” I dette ligger at forvaltningen blir gitt frihet til å bestemme om de vil bruke sin kompetanse til å tillate forurensning. I tillegg gir loven lite veiledning for hvilke vilkår som bør foreligge for å tildele utslippstillatelse. Mye taler for at forvaltningen er gitt kompetanse til å avgjøre forurensningssøknader på et noenlunde fritt grunnlag⁴⁷.

Til samme kategori hører forvaltningens frihet til å bestemme over vedtakets innhold. Skogbruksloven § 40 gir forvaltningen kompetanse til å unnta hele eller enkelte av lovens bestemmelser for ”skogeiendommer under en viss størrelse”. Forvaltningen gis

⁴⁵ Eksempelvis lovbestemte unntak som i lov om tvangsfullbyrdelse og midlertidig sikring av 26. juni 1992 nr. 86 § 5-16.

⁴⁶ Det er uenighet i teorien om hvordan forvaltningens frie skjønn bør defineres. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 268 anvender definisjonen ”fritt skjønn” der rettsreglene ”stiller forvaltningsorganet fritt”. Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 180 flg. anvender det på samme måte. Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996 s. 72-73 anvender ”fritt skjønn” i en snevrere betydning enn det Eckhoff og Smith og Frihagen gjør. Definisjonen har betydning for spørsmålet om hvilke deler av et forvaltningsvedtak som domstolene kan overprøve. I ytterpunktet av definisjonsspørsmålene kommer det helt frie forvaltningsskjønn. Dette er det mindre uenighet om i de juridiske fremstillinger.

⁴⁷ Graver, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1995, s. 79 sier at ”Som regel står forvaltningen fritt til å trekke opp retningslinjer for skjønnsutøvelse.”

kompetanse både til å bestemme hvilken nedre grense som skal gjelde for skogeiendommens størrelse og hvilke bestemmelser som skal unntas⁴⁸. I tillegg til arbeidsdelingsfunksjonen er kompetanseoverføringen også begrunnet i hensynet til at det tas faglige forsvarlige vurderinger⁴⁹. Forvaltningen besitter betydelige faglige ressurser. Dette er også en grunn til at lovgiver legger forvaltningen denne kompetansen.

De nevnte forhold er uttrykk for det frie forvaltningsskjønn⁵⁰. Det innebærer at det er forvaltningen som har det avgjørende ord for hvordan kompetansen skal brukes innenfor de rammer de er gitt av lovgiver. De rettslige rammer styres av tolking ut fra de alminnelige rettskildeprinsipper.

2.2.3 Subsumisjonsspørsmål

Den oppdeling som er gjort ovenfor har betydning for forvaltningens eksklusive kompetanse i subsumsjonsomgangen. I dette ligger forvaltningens kompetanse til å avgjøre enkelttilfellene. Spørsmålet om hvilke fakta som skal subsummeres under uttrykket ”jordbruksformål” i det konkrete tilfelle er opp til forvaltningen å avgjøre. En annen sak er om domstolene har kompetanse til å overprøve forvaltningens subsumsjon i den konkrete sak⁵¹. Jeg vil ikke gå nærmere inn på denne grensedragningen idet spørsmålet er konkret forankret.

Grensene for domstolenes kompetanse til å prøve forvaltningens subsumsjon er nærmere klarlagt gjennom rettspraksis. Generelt sagt er domstolskontrollen med forvaltningen en viktig rettssikkerhetsgaranti som ikke bør fravikes dersom gode grunner ikke taler for det motsatte.

⁴⁸ Det kan diskuteres hvorvidt kompetansen til å unnta er et enkeltvedtak i forvaltningslovens forstand i og med at unntakene gjelder fylkesvis eller for deler av et fylke. Det er ikke avgjørende for å få frem budskapet i dette eksempel.

⁴⁹ Graver, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1995, s. 195.

⁵⁰ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, s. 258. Det diskuteres hvorvidt navnet på forvaltningens kompetanse bør være ”fritt skjønn” eller ”diskresjonært skjønn”.

⁵¹ Det rettslige grunnlag som domstolenes prøvelsesrett hviler på er sikker konstitusjonell sedvanerett. Det er omfanget av denne kompetansen som har vært gjenstand for nærmere undersøkelse.

Det som er interessant her er innholdet av forvaltningens skjønnspraksis og forskjellen i hvilke hensyn som gjør seg gjeldende der domstolene er avskåret fra å prøve forvaltningens subsumsjon og der domstolene kan prøve subsumsjonen. Virkningen av at domstolene ikke kan prøve forvaltningens subsumsjon er et viktig hensyn for forvaltningens skjønnspraksis. Domstolenes prøving av forvaltningens saker er en rettssikkerhetsgaranti for den enkelte. At den enkelte ikke får prøvet sin sak fullt ut for domstolene, gjør at kravet til forvaltningens behandling av saken bør skjerpes. Dette stiller dermed høyere krav til at forvaltningen og den skjønnspraksis som ligger til grunn for vedtaket, ivaretar de hensyn som ikke kan bli prøvet av domstolene.

For å ivareta hensynet til forutberegnelighet og likhet, vil praksis være retningsgivende for hvordan forvaltningens kompetanse brukes. Praksisen kan basere seg på instruks, veiledning og informasjon fra overordnede organer. Hvilken kategori skjønnspraksisen refererer seg til, har betydning for hvor fritt forvaltningen står til å styre praksisen. Et eksempel i dette henseende er et informasjonsskriv fra miljødepartementet. Skrivet omhandler dispensasjonspraksis i forbindelse med forbudet mot bygging i 100-meters beltet i strandsonen⁵².

Informasjonen er et brev til kystkommuner, fylkesmenn og fylkeskommuner av 11.11.1999. Brevet gjelder "Skjerping av plan- og dispensasjonspraksis i strandsonen/100-metersbeltet". Under punkt 5) fremgår det at "Det er et problem at praksis til dels er for liberal i forhold til intensjonen med byggeforbudet i 100-metersbeltet. Brevet fremhever også det problematiske ved at "forbudet praktiseres forskjellig fra kommune til kommune". Det henstilles videre til at "Det skal vises stor varsomhet med å dispensere i områder som er gitt et spesielt vern."

Denne informasjonen relaterer seg til det frie skjønn som forvaltningen i dette tilfelle er gitt. Foruten bestemmelsenes ytre ramme for forvaltningens frie skjønn gir fraværet av begrensningene forvaltningen et bredere grunnlag å gi retningslinjer på. Dette stiller

⁵² Jfr. plan- og bygningslov av 14. juni 1985 nr. 77 (pbl.) § 17-2. Adgangen til å gi dispensasjon følger av pbl. § 7 første ledd. Dispensasjon etter denne bestemmelsen avhenger av om det foreligger "særlige grunner". Jfr. vedlegg 1.

større krav til hvilket grunnlag praksisen kan utvikles på. Hensynene til likhet⁵³ i praksis mellom kommunene tilsier dette. I tillegg vil praksisen måtte ta hensyn til at eiere av strandeieendommer får vite hvilke grunnlag som gir mulighet for dispensasjon. Dette følger av hensynet til forutberegnelighet.

Forvaltningens frihet under den skjønnsmessige kompetanse bør stille strengere krav til ensartethet under skjønnspraksisen. Rettssikkerhetsmessige hensyn som forutberegnelighet tilsier dette. Til tross for at skjønnspraksisen sjelden blir publisert i samfunnet, vil en ensartet praksis kunne legge forholdene til rette for at de som ønsker å undersøke sin rettsstilling virkelig har muligheten til å forutse den i rimelig grad.

Private kan i utgangspunktet ikke påberope brudd på instruks som grunnlag for et forvaltningsvedtaks ugyldighet⁵⁴. Dersom instruks er grunnlaget for forvaltningspraksis, vil det kunne stille seg noe annerledes. Rettsgrunnlaget er dermed ikke instruksen i seg selv, men rettskildefaktoren forvaltningspraksis.

Den rettslige grensen for forvaltningens skjønnsmyndighet er fastlagt gjennom rettspraksis. Samlebetegnelsen på dette er myndighetsmisbrukslæren⁵⁵. Den ivaretar den enkeltes rettssikkerhetsgarantier⁵⁶ der forvaltningen kan ha gått ut over sin kompetanse eller truffet vilkårlige avgjørelser. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

2.3 Omfang

Omfanget av forvaltningspraksis vil avhenge av hvilket rettsområde man befinner seg på. Noen forvaltningsgrener har ofte mer nedfelt praksis enn andre. Dette kan ha sammenheng med antallet avgjørelser som forvaltningen treffer på vedkommende

⁵³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 122 fremhever likhetshensynet under forvaltningens skjønnsmyndighet som et sentralt hensyn. Dette eksemplifiseres med den skjønnsmessige dispensasjonsadgang forvaltningen er gitt etter pbl. § 17-2.

⁵⁴ Graver, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1995, s. 77.

⁵⁵ Definisjonen har blitt kritisert i den juridiske teori. Det skyldes at det er kun i ekstreme tilfeller hvor forvaltningen går ut over sin kompetanse, at det er snakk om virkelig misbruk av myndighet. Jfr. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 271-272.

⁵⁶ Rettssikkerhetsgarantien er domstolens legalitetskontroll med forvaltningen og den enkeltes rett til domstolsbehandling.

område. Mange like saker kan forklare omfanget av forvaltningspraksis. Behovet for å sikre ensartethet vil være stort, idet mange forskjellige saksbehandlere må ta stilling til de samme spørsmål. Samtidig ligger det et krav om at forvaltningen skal ta hurtige avgjørelser. Et presedensregister kan, sammen med tolknings- og skjønnspraksis, bidra til at forvaltningen tar hurtige og materielt riktige avgjørelser. Skatte- og trygdeforvaltningen er grener med stort sakstilfang⁵⁷ som vil nyte godt av at det finnes overordnede retningslinjer og registre som viser tidligere praksis.

2.4 Er forvaltningspraksis en relevant rettskildefaktor?

Rettskildefaktoren forvaltningspraksis er en del av relevanslisten til Eckhoff, som nevnt ovenfor. Eckhoff bygger sitt syn på den rettskildelære som er utviklet av domstolene⁵⁸. Det er likevel legitimt å reise spørsmålet om dens relevans. I juridisk litteratur finnes eksempler på at forvaltningspraksis ikke er/bør være en relevant rettskildefaktor⁵⁹. Grunnene som anføres for dette syn er dens manglende autoritet. Formelle lover er autoritative gjennom sin tilblivelse⁶⁰. Prosessen fra lovforslag til vedtatt lov begrunner dette. Sammenlignet med lov er det plausibelt å stille spørsmålet om forvaltningspraksis er relevant som rettskildefaktor.

Forvaltningspraksis' autoritet er klart mindre sammenlignet med kilder som lov og rettspraksis. Jeg mener dette likevel ikke kan være avgjørende for dens rettslige relevans. Man må i dette spørsmål forholde seg til hvilket grunnlag den utleder sin eksistens fra. Det avgjørende for om forvaltningspraksis er en rettskildefaktor er hvorvidt domstolene, med Høyesterett i spissen, anser forvaltningspraksis som en relevant rettskilde. Det er i dag ingen tvil om at Høyesterett anser forvaltningspraksis

⁵⁷ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 224.

⁵⁸ Jfr. om polysentri, pkt. 3.1.

⁵⁹ Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995, s. 223-224; Aarbakke, *Forvaltningens praksis og uttalelser som rettskilder for domstolene*, Skatterett 3/1985, s. 165-66, kritiserer at forvaltningspraksis blir ansett som en relevant rettskildefaktor.

⁶⁰ Grl. §§ 76 flg. beskriver fremgangsmåten for gyldig vedtatte lover. Tilblivelsesprosessen ivaretar hensynet til demokratisk behandling, noe som er et grunnleggende rettssikkerhetshensyn i vårt rettssystem.

som en relevant rettskildefaktor. Dens betydning vil snarere vises i vektomgangen⁶¹. Vekten av forvaltningspraksis behandles under pkt. 4.

2.5 Forvaltningspraksisens kilder og det rettslige terreng

Spørsmålet om hvilke kilder som inneholder forvaltningspraksis er i hovedsak et spørsmål om argumentbæreren⁶². En argumentbærer er kilden som inneholder uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis. Forvaltningspraksis er ikke samlet i en argumentbærer på samme måte som Norges Lover inneholder gjeldende lover. Man kan skille mellom to ulike typer av argumentbærere som gir uttrykk for forvaltningspraksis. Skillet knytter seg til i hvilken grad publikum har mulighet til å innrette seg etter gjeldende praksis. Det har med tilgjengelighet å gjøre. På den måten kan argumentbærerne deles i eksterne og interne argumentbærere. En ekstern argumentbærer kjennetegnes ved at dens innhold er offentlig tilgjengelig. Motsatt er den interne argumentbærer mer et redskap for forvaltningen selv.

Jeg har ovenfor vist hvordan forvaltningspraksis utleder sin gyldighet og at den er en relevant rettskildefaktor. En argumentbærer kan være en passiv kilde idet den samler og gjengir innholdet i rettskilden uten egentlig å tilføre den noe nytt, innholdsmessig sett. Forvaltningspraksisens spredte og vage karakter, både med hensyn til sitt innhold og sin utvikling, gir behov for å presisere dens innhold nærmere. Noen av argumentbærerne er også med på å gi forvaltningspraksis et innhold. Disse spørsmål behandles samlet under den aktuelle argumentbærer.

2.5.1 Sivilombudsmannens uttalelser

Sivilombudsmannens uttalelser er en kilde som kan gi uttrykk for forvaltningspraksis. Hans rolle er regulert ved lov, jfr. lov om Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 22. juni 1962 nr. 8 (somb.). Sivilombudsmannen er direkte underlagt Stortinget, og hans funksjon er å være kontrollinstans overfor forvaltningen, jfr. somb. § 4. Som det fremgår av somb. § 3 skal han ”sikre at det i den offentlige forvaltning ikke øves urett mot den enkelte borger”. Sivilombudsmannens arbeid er nært knyttet opp til konkrete

⁶¹ Her vises samspillet mellom rettskildeprinsippene relevans og vekt slik som beskrevet under pkt. 1.3.1.

⁶² Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 30 omtaler en rettskildefaktor som ”argumentbærer”.

saker. Han kan selv ta initiativ til undersøkelse av en sak, eller få den forelagt som klage, jfr. samb. § 5. Sakstilknytningen gjør at uttrykket for forvaltningspraksis er konkret forankret. Publikum og rettsanvenderen kan derav få begrenset informasjon ut av Sivilombudsmannens uttalelser. Til gjengjeld gir den ofte klart uttrykk for forvaltningspraksisens innhold innenfor gjeldende saksområde. Sivilombudsmannen gir ut en årlig rapport om sitt arbeid. Rapporten er offentlig og inneholder uttalelser om rettsspørsmål som gjerne er basert på saker som har vært til behandling⁶³.

Et eksempel på uttalelser som fremkommer gjennom årsmeldingen er sak 2000-1258⁶⁴. Siterte uttalelse gjaldt fvl. § 28 første ledd om "rettslig klageinteresse". I sammendraget fremkommer at Sivilombudsmannen mente "*Fiskeridirektoratet hadde lagt en for streng vurderingsnorm til grunn*". Videre het det at "*Fiskeridirektoratet ble anmodet om å se på saken på nytt, samt vurdere praksis i forhold til lignende fremtidige saker*".

Parter i forvaltningsavgjørelser kan være tjent med å bringe saken inn til Sivilombudsmannen for vurdering. Det kan for eksempel være hvor klagen ikke kan realitetsbehandles fordi klagefristen etter fvl. § 29 er oversittet. Sivilombudsmannen kan likevel behandle klagen dersom han finner at klagen kan behandles⁶⁵. Andre enn de som anses for å ha "rettslig klageinteresse" etter fvl. § 18 kan også få behandlet "sin" sak hos Sivilombudsmannen, jfr. samb. § 6, "enhver".

Rettslig sett er ikke Sivilombudsmannens uttalelser bindende, verken for domstolene eller forvaltningen, jfr. samb. § 10. Hans uttalelser spiller likevel en viktig rolle for forvaltningen og deres praksis⁶⁶. Sivilombudsmannens vurderinger kan føre til at forvaltningen gjennomgår sin praksis og eventuelt endrer den. På denne måten spiller Sivilombudsmannens uttalelser en viktig rolle for forvaltningens praksis, innholdsmessig sett.

⁶³ Sivilombudsmannens årsmelding trykkes som stortingsdokument. Ombudsmannens saksdokumenter er offentlige og offentliggjøres årlig, jfr. samb. §§ 9 og 12.

⁶⁴ Sivilombudsmannens årsmelding, 2001-2002. Jfr. vedlegg 2.

⁶⁵ Jfr. instruks for Stortingets ombudsmann for forvaltningen av 19. februar 1980 nr. 9862 § 5 første ledd. Jfr. vedlegg 3.

⁶⁶ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 227, Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 631.

Frihagen går litt lenger. Han fremhever at Sivilombudsmannens standpunkt vil ”i seg selv ha en overbevisende kraft og virke normativt”. Han mener Sivilombudsmannens uttalelser ”oppfattes som normgivende i vel så stor grad som f. eks. en lagmannsrettsdom”⁶⁷.

I domstolene kan uttalelsene fungere som støtte for et tolkningsalternativ⁶⁸.

2.5.2 Forvaltningens organisasjons- og instruksjonsmyndighet⁶⁹

Det rettslige grunnlag for forvaltningens organisasjons- og instruksjonsmyndighet er Grl. § 3 sammenholdt med sedvane⁷⁰. Den faktiske forutsetning for kompetansen er forvaltningens hierarkiske oppbygning⁷¹. I dette ligger at selve overordningsforholdet er tilstrekkelig hjemmel for å gi rettslig bindende instruks til forvaltningens tjenestemenn⁷².

Instrukser er et virkemiddel som de sentrale myndigheter kan bruke for å styre den underordnede forvaltnings kompetanse og generelle virksomhet⁷³. Følgen av organisasjons- og instruksjonsmyndigheten er at overordnede organer kan pålegge underordnede organer plikter⁷⁴. Dette kalles instruks. Instruksene kan være av organisatorisk karakter, men kan også gi føring på rettsanvendelsen⁷⁵.

⁶⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 58.

⁶⁸ Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 58 sier at ”Det må vel kunne regnes med at domstolene i hvert fall vil være varsomme med å treffe avgjørelser som kan føre til at Sivilombudsmannens autoritet svekkes.”

⁶⁹ Stortingets instruksjonsmyndighet behandles ikke her. Forvaltningspraksis som rettskildefaktor får sin største utvikling innen forvaltningen, og det er i dette perspektiv organisasjons- og instruksjonsmyndigheten behandles.

⁷⁰ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 239.

⁷¹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 100-101.

⁷² Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 250.

⁷³ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 164-165.

⁷⁴ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 245 betegner dette som uttalelser som har ”et visst element av ordre”.

⁷⁵ Graver, *Materiell forvaltningsrett*, Oslo 1995, s. 68.

Et eksempel på dette finnes i vedlegg 5. Dette er en klagesaksavgjørelse fra Statens forurensningstilsyn (SFT). SFT er klageinstans for vedtak på regional/fylkesnivå. Saken gjaldt klage på fylkesmannen i Sogn og Fjordanes vedtak om vilkår i tillatelse til utslipp fra forurensende virksomhet, jfr. forurl. §§ 16 og 29. Vilkåret påla forbud mot deponering av våtorganisk avfall. SFT har utarbeidet retningslinjer for forbud mot deponering av våtorganisk avfall. Som det følger av SFT's vurdering på s. 3: "Vilkåret om forbud mot deponering av våtorganisk avfall er sett då Fylkesmannen ikkje har funne tilstrekkelege grunnar til å gjere unntak for Hesjedalen frå SFT sine retningslinjer om å setje forbod mot deponering av våtorganisk avfall innan 31.12.2000.". Retningslinjene fungerer dermed som hovedløsningen dersom sterke grunner ikke taler for å fravike de. På denne måten er retningslinjene med på å forme den underliggende forvaltnings rettsanvendelse. Det kan stilles spørsmål om dette er en instruks som pålegger fylkesmannen rettslig plikt til å forby deponering av våtorganisk avfall, eller om det kun er informasjon som ikke er rettslig bindende. Det som er sagt ovenfor kan tyde på at det dreier seg om en instruks. Likevel viser SFT til at retningslinjene er basert på "signal fra sentrale styresmakter". En annen sak er hvordan informasjonen i realiteten oppfattes av den enkelte instans.

Utenfor instruksene finner man den organisatoriske og mer vage informasjonsstrøm⁷⁶ som ikke pålegger plikter. Instruksene former den underliggende forvaltning, mens informasjonen kan⁷⁷ være med på å forme den⁷⁸. Utenfor instruksene kan begrunnelsen for formingen ligge i den lojalitets- og lydighetsplikt⁷⁹ som gjelder for ansatte generelt, også for forvaltningens tjenestemenn. Arbeidsgivers styringsrett⁸⁰ og det eksisterende underordningsforhold danner et utgangspunkt for at forvaltningspraksis kan utvikles.

Instrukser kan benyttes som instrument for sentral styring av rettsanvendelsen. Begrunnelsen for slik styring kan tilbakeføres til ønsket om en ensartet rettsanvendelse. I trygdeforvaltningen foregår det sterk styring av rettsanvendelsen⁸¹.

⁷⁶ Betegnelsen "informasjon" er en generell beskrivelse av både retningslinjer og veiledninger.

⁷⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 245 sier det er en "glidende overgang mellom ren veiledning og informasjon og mer direkte anvisninger og pålegg".

⁷⁸ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 246-247 understreker at betegnelsene "instruks" og "retningslinje" i seg ikke gir svar på i hvilken grad de pålegger den underordnede forvaltning plikter. Jeg vil forsøke å holde meg til begrepet "instruks" hvor det siktes til plikter og "retningslinjer" der det er tale om ledetråder som forvaltningen ikke er pålagt å forholde seg til.

⁷⁹ Jfr. Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 150.

⁸⁰ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 251.

⁸¹ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 224.

Eckhoff uttaler om skatte- og trygderetten: "Når regelverkene er så store og kompliserte... ville det ikke være mulig å oppnå en tilnærmet ensartet rettsanvendelse hvis ikke regelinnholdet ble formidlet i en forenklet og lett forståelig form til dem som skal treffe avgjørelsene."⁸².

Instruksene og informasjonen er i seg selv ikke forvaltningspraksis i rettskildemessig forstand. De danner derimot grunnlaget for at forvaltningspraksis utvikler seg.

2.5.3 Omgjørings- og klageadgangen i forvaltningen

Forvaltningslovens § 28 gir rett til å påklage enkeltvedtak. Vedtaksorganets nærmeste overordnede organ er klageinstans. Samme organ er også tillagt omgjøringskompetanse etter fv1. § 35. Når vedtaksorganets avgjørelse kan bli endret ved klage eller omgjort etter § 35, ligger det en forventning om at vedtaksorganet retter seg etter innholdet i avgjørelsene i etterfølgende saker. De retningslinjer som klageorganet i sine avgjørelser gir uttrykk for, kan være med å gi forvaltningspraksis et innhold og utvikles.

2.5.4 Justisdepartementets lovavdeling

Justisdepartementets lovavdeling er forvaltningens juridiske ekspertorgan. De er med på å utforme lover og uttaler seg om rettsspørsmål fra den øvrige forvaltning. De besitter særlig juridisk kompetanse. Lovavdelingen er ofte med på utformingen av de ulike lover og har dermed inngående kunnskap om loven i seg selv og hvordan den er ment å skulle settes ut i praksis. Uttalelsene fra lovavdelingen er foranlediget av direkte spørsmål, og vil dermed ofte være konkret utformet. I uttalelsene finnes ofte henvisninger til forvaltningspraksis på lik linje med andre rettskildefaktorer. Lovavdelingens uttalelser kan gi uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis. I likhet med Sivilombudsmannen kan lovavdelingen gi råd om praksisens innhold, for eksempel i form av henstillinger til endring av praksis. Slik sett ligger det en dobbel funksjon i lovavdelingens uttalelser.

2.5.5 Juridisk litteratur

Forvaltningspraksis kommer også til uttrykk gjennom den juridiske teori. Til forskjell fra Sivilombudsmannens uttalelser og domstolenes avgjørelser, vil slike fremstillinger kunne gi et mer generelt uttrykk for forvaltningspraksis og dets innhold. Teorien gir

⁸² Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 225.

uttrykk for både utvikling og gjeldende innhold av praksisen. Dertil kommer at forfattere av juridisk teori gjerne har en viss autoritet og uttrykker rettstilstanden rimelig klart. Svakheten ved juridisk teori som argumentbærer er dets mangfold og ulike tilnærminger. Til tross for at de tilhører den samme profesjon, vil de kunne ha ulikt syn på hvordan forvaltningspraksis skal forstås og vektlegges⁸³. Det kan gi forvaltningspraksis et mer teoretisk preg, noe som går på bekostning av dens verdi som uttrykk for gjeldende faktisk forvaltningspraksis.

2.5.6 Forvaltningens avgjørelser

Det primære uttrykk for forvaltningspraksis vil man få fra det enkelte vedtak i forvaltningen. Enkeltvedtak skal begrunnes, jfr. fvl. §§ 24 og 25. Henvisninger til praksis vil dermed fremkomme dersom avgjørelsen (helt eller delvis) har sin begrunnelse i forvaltningspraksis.

Innholdet i forvaltningspraksis blir nærmere konkretisert i den enkelte avgjørelse. I praksis kan det enkelte vedtak være med på å tilføre forvaltningspraksis et innhold, fordi det føyer seg inn i rekken av avgjørelser som er basert på forvaltningspraksisen.

Spørsmålet om vedtakene rent faktisk tilfører noe mer til praksisen enn den som allerede eksisterer, er et sammensatt spørsmål. Innholdsmessig forandring over tid vil kunne identifiseres dersom man sammenligner nye vedtak med gamle innenfor det samme rettsområde. Videre er det et spørsmål om det kompetansegrunnlaget som organet besitter gir rom for slik utvikling, uten at retningslinjer fra overordnede organer endrer seg.

2.5.7 Rundskriv

Rundskriv er en argumentbærer for forvaltningspraksis og utgis oftest i de sentrale forvaltningsorganer for intern bruk. Innholdet i rundskriv varierer fra pliktpåleggende instruksjer og forskrifter, til veiledning og informasjon. Disse gir bl.a. uttrykk for lovtolkingspraksis, skjønnspraksis og hvordan faktum bør forstås, relatert til regelverket innen forvaltningsområdet. Enkelte organer utgir rundskriv med jevne mellomrom mens

⁸³ Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995, s. 223-224 gir uttrykk for at forvaltningspraksis ikke bør anses som

andre utgir disse mer sjelden. Rikstrygdeverkets (RTV) rundskriv utgis ofte⁸⁴. Det kan skyldes behovet for å sikre en ensartet rettsanvendelse i trygdeforvaltningen.

Rundskrivene fra RTV inneholder informasjon om hvordan lover og forskrifter er å forstå.

Eksempel på slikt rundskriv finnes etter lov om barnetrygd av 8. mars 2002 nr. 4 (barnetrygdloven). Rundskriv til barnetrygdloven av 00.02.2003 nr. 11 § 9 omhandler vilkårene for rett til utvidet barnetrygd. Rundskrivet gir retningslinjer og konkrete eksempler på tolking av reglene om utvidet rett til barnetrygd. I tillegg finner man også henvisninger til forarbeider og praksis⁸⁵.

Rundskriv vil fortrinnsvis være bakgrunnen for at forvaltningspraksis kan dannes. På denne måten er rundskriv med på å gi forvaltningspraksis et innhold.

2.5.8 Forvaltningens ansatte

Saksbehandlerne i forvaltningen vil også kunne være en kilde til kunnskap om gjeldende praksis. Deres arbeid er å fatte vedtak, og de sitter på en god del informasjon om gjeldende praksis på sitt område. Deres kunnskap om praksis vil konkretiseres gjennom deres avgjørelser.

Hvordan de enkelte saksbehandlere kan være med på å gi praksis et innhold, vil måtte basere seg på hvordan de bearbeider og anvender den informasjon som mottas i deres arbeide.

2.6 Overordnede forvaltningsrettslige hensyn og prinsipper

Forvaltningen skal sette Stortingets politiske beslutninger ut i samfunnet. De politiske beslutninger vedtas av Stortinget, bl.a. som formelle lover⁸⁶. Verktøyet som Regjering og forvaltning har til rådighet, er de rettslige virkemidler som er tillagt dem i

en rettskildefaktor.

⁸⁴ Relatert til lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19, eksempelvis § 22-2, er det fra 1997 til 2003 utgitt ni rundskriv av omfattende karakter. Dette sier også Eckhoff: ”Samlingen [av rundskriv] er svært omfattende.”, jfr. Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 224.

⁸⁵ Jfr. vedlegg 4.

⁸⁶ Jfr. Grl § 76 flg.

lovgivningen⁸⁷. Å gi individuelle forbud og påbud er et eksempel på slike rettslige virkemidler⁸⁸. Anvendelsen av de rettslige virkemidler er underlagt visse overordnede hensyn. Disse hensynene er mange, og gjør seg gjeldende med ulik styrke innenfor de forskjellige forvaltningsområder. Eksempler på slike overordnede hensyn er hensynet til forsvarlig saksbehandling, likhetsprinsippet, saklighetsprinsippet, prinsippet om domstolsprøvelse av forvaltningens avgjørelser og legalitetsprinsippet⁸⁹.

Det er forskjeller i tilnærmingen til hensynene i den juridiske teori. Noen henfører disse hensyn under rettslige prinsipper, mens andre betegner dem som viktige hensyn eller momenter. Graver anvender betegnelsen ”grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper” som finnes i ”skjæringsfeltet mellom styring, demokrati og rettssikkerhet”⁹⁰. Frihagen benytter forholdet mellom rettssikkerhet og effektivitet til å belyse disse overordnede hensyn. Han kaller det ”sentrale elementer ved rettssikkerhetsidealet”⁹¹. Det er noe uklart om han (også) benytter de som selvstendige, overordnede prinsipper. Graver anfører mot bl.a. Frihagens tilnærming, at ”ordet rettssikkerhet... brukes på mange forskjellige måter.”⁹². Han mener det lett fører til en tilsløring av de hensyn og interesser som virkelig er gjenstand for vurdering. Eckhoffs tilnærming er mer lik Frihagens. Han kaller dem ”momenter til vurdering” og mange av de overordnede hensyn henføres under ”rettssikkerhet”⁹³.

Til tross for den noe ulike tilnærming og rubrisering, gir forfatterne innholdsmessig uttrykk for hensynenes viktighet på samme måte. Betegnelsene og oppdelingen er bare en måte å fremstille hensynene på. På denne bakgrunn vil jeg derfor ikke skille mellom betegnelsen ”prinsipp” og ”hensyn” i denne sammenheng.

Grunnlaget for at man kan kalle hensynene eller prinsippene *overordnede*, er at de gjør seg gjeldende på tvers av ulike forvaltningsområder. Det kan nok anføres mange gode grunner til at forvaltningens rettsanvendelse er underlagt slike overordnede hensyn. En viktig grunn til at de finnes, kan være for å sikre forvaltningens tillit hos publikum og de andre maktorganene i vårt samfunn. Samfunnets manglende tillit til forvaltningen kan

⁸⁷ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 18-19.

⁸⁸ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 21.

⁸⁹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 75.

⁹⁰ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 75 flg.

⁹¹ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 72 flg.

⁹² Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 105.

⁹³ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 58 flg.

gjøre at forvaltningens vedtak møter skepsis og dermed legger hindringer for at vedtakene blir effektive. For å oppnå den nødvendige tillit må forvaltningen gjennom sitt arbeid bl.a. utvise upartiskhet og praktisere likhet for loven.

Jeg vil ta for meg et par av de overordnede hensyn som forvaltningen i sin rettsanvendelse må forholde seg til. Det er de hensyn som kan gjøre seg mest gjeldende i forhold til rettskilden forvaltningspraksis.

Til tross for at reglene kan virke forskjellig i enkeltsaker, er det et hovedmål at rettsanvendelsen er ensartet. Dette har sitt grunnlag i likhetsprinsippet som er et av de grunnleggende hensyn i forvaltningen. Forvaltningspraksis representerer en stor rettskildemasse som stadig er i endring. Det kan derfor være grunn til å skille mellom den forvaltningspraksis som er av mer fast og varig karakter, og den som til stadighet endres. Likhetsgrunnsetningen gjør at forvaltningspraksis av mer varig karakter står rettskildemessig sterkere enn den praksis som endres oftere. Rettspraksis tillegger skillet betydning, jfr. avsnitt 4 om hvordan Høyesterett vurderer rettskilden.

Graver sier at ”Likhetsgrunnsetningen står sterkt i forvaltningsretten.”⁹⁴. Frihagen uttaler om likhetsprinsippet: ”Det er hos oss [...] gjennom praksis lagt til grunn at likhet ikke bare står som et mål og en norm, men som et direkte rettslig prinsipp [...] Det må legges til grunn at dette er et prinsipielt utgangspunkt med stor rettslig vekt.”⁹⁵.

Likhetsprinsippet bidrar til å skape en ensartet lovtolkning⁹⁶. En ensartet lovtolkning kan føre til at den enkelte blir tilkjent goder og pålagt plikter i samme utstrekning. (Det innebærer likevel ikke at den blir rettferdig overfor den enkelte.). Om en forvaltningspraksis bør være basert på likhetsprinsippet eller andre hensyn, vil avhenge av mange forhold. Ett slikt forhold kan være det forvaltningsområde som praksisen

⁹⁴ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 122.

⁹⁵ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 201.

⁹⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991 s. forklarer samspillet mellom de offentligrettslige prinsipper og lovens ordlyd. Han fremholder at ”løsningen ofte avhenger av en kombinasjon av det generelle prinsipp og lovens ordlyd, og at det generelle prinsipp vil tillegges stor vekt ved avgjørelsen”.

gjelder. Det er ikke sikkert likhetshensynet bør være avgjørende for forvaltningspraksisen når tillatelse til å sette opp reklameskilt langs veien, skal avgjøres. Motsatt kan likhetshensyn være avgjørende for tilkjennelse av yrkesskadedekning. En annen sak er når forvaltningspraksisen er anvendt så lenge og konsekvent at likhetsprinsippet fungerer som en skranke for forvaltningen i å avgjøre det enkelte tilfelle annerledes enn tidligere⁹⁷.

På områder hvor forvaltningen er gitt skjønnsmyndighet, vil likhetskravet gjøre seg gjeldende på en litt annen måte. Likhetskravet danner her en overordnet skranke⁹⁸ som forvaltningen ikke kan gå utenfor uten å risikere å få sitt vedtak kjent ugyldig av domstolene. Innenfor lovens skjønsmessige ramme vil likhetsprinsippet først og fremst gjøre seg gjeldende der det allerede foreligger en praksis⁹⁹. Hvor det enda ikke foreligger praksis, vil likhetshensynet kanskje telle mindre i forhold til andre overordnede prinsipper, slik som nøytralitets- og saklighetshensyn samt hensyn til en forsvarlig saksbehandling. Likhetspensynet kan i denne sammenheng få betydning koblet sammen med andre, overordnede hensyn. Eksempelvis bør like saker ha samme ramme for hva som anses for å være saklige argumenter. Etterhvert som avgjørelsene danner praksis, vil likhetshensynet gjøre seg sterkere gjeldende.

Forvaltningspraksis bidrar til å sikre en ensartet rettsanvendelse i forvaltningen. Prosessen med å overføre gjeldende rett til enkelttilfeller krever også at sakens faktiske side må tolkes på samme måte for å kunne si at like tilfeller i realiteten behandles likt. Likhetskravet for den faktiske side vil man først kunne vurdere når et antall saker av samme karakter foreligger. Jeg nøyer meg med å understreke dette, uten å gå nærmere inn på denne siden av likhetshensynet.

⁹⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 59 henviser til at brudd med tidligere praksis kan føre til usaklig forskjellsbehandling.

⁹⁸ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 183.

⁹⁹ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 202 sier at likhetsprinsippet vil få ”konkret mening når vi ser hvorledes det i praksis følges og konkretiseres.”

Lover skal blant annet gi den enkelte et grunnlag for å forutsi sin rettsstilling¹⁰⁰. For eksempel vil det være nyttig for en arbeidssøkende å vite hvilke vilkår han må oppfylle for å få arbeidsledighetstrygd. Hvis forvaltningspraksis inneholder avgjørende tolkninger for hvordan den enkeltes rettsstilling vil bli, er denne avhengig av å få kjennskap til innholdet i praksisen. Eckhoff angir hensynet til forutberegnelighet som en del av rettsikkerhetstanken¹⁰¹. Frihagen sier at ”kravet om forutberegnelighet [blir] bare ett av flere elementer ved rettsikkerhetsbegrepet.”¹⁰². Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker av 10. februar 1967 (fvL.) gir part i saken mulighet til å få opplysning om gjeldende praksis på det område saken gjelder, jfr. § 11 annet ledd bokstav a.

Skal man finne uttrykk for gjeldende forvaltningspraksis må man søke i flere kilder, jfr. pkt. 2.5. Kildene gir ofte bare et begrenset uttrykk for gjeldende praksis. Det skyldes den konkrete sakstilknytning som kildene ofte baserer seg på. Hvis man skal tillegge den informasjon som fremkommer fra kildene rettslig betydning, vil også forvaltningspraksis måtte tilgodese slike overordnede hensyn. Jeg har valgt å legge hovedvekten på likhets- og forutberegnelighetshensynet. Det skyldes at rettspraksis har lagt stor vekt på hensynene i sin vurdering av forvaltningspraksis som rettskilde¹⁰³.

¹⁰⁰ Fordi lover ofte er generelt utformet, er det ikke gitt at den enkelte med sikkerhet kan vite at han har krav på for eksempel en rettighet. Det kan være mer riktig å si at lovteksten danner utgangspunktet for forutberegnelighet.

¹⁰¹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 69.

¹⁰² Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 73.

¹⁰³ Jfr. bl.a. Rt. 1911 s. 503, Rt. 1933 s. 548, Rt. 1956 s. 29, Rt. 1974 s. 149, Rt. 1997 s. 527.

3 Særskilte metodespørsmål

For å kunne nå frem til de særskilte metodiske spørsmål, er det nødvendig å innta et større perspektiv enn forholdet mellom rettskildefaktorene. Jeg sikter til forvaltningspraksis utenfor dens betydning som en ren rettskildefaktor. Dette fordrer en nærmere forklaring.

Forvaltningspraksis er ovenfor fremstilt som en normativ rettskildefaktor. Denne siden av kilden influeres ikke av utenrettslige forhold. Slike utenrettslige forhold er for eksempel i hvilken grad kilden publiseres og kildens tilgjengelighet for den alminnelige rettsanvender. Går man nærmere inn i kilden vil disse likevel kunne være forhold av betydning for den som rettskildefaktor. Da må det normative perspektiv forlates, og man er over i den del av kilden som faktisk tillater innflytelse fra utenrettslige forhold. De kan forstås som to pilarer med samme grunnstamme, men hvor utviklingen av de er forskjellig. Den siste pilaren er mer deskriptivt tilnærmet. De spesielle metodemessige spørsmål handler om hvordan innholdet i den deskriptive delen av forvaltningspraksis kan ha overføringsverdi til den normative siden av kilden¹⁰⁴. Innholdsmessig forandres den deskriptive forvaltningspraksis ved påvirkning fra ytre omstendigheter. Hvis det konsekvent ansettes jurister som saksbehandlere på ethvert nivå i forvaltningen, vil dette være en slik ytre påvirkning. Det interessante spørsmål er om slike omstendigheter kan få innvirkning på hvordan domstolene vurderer rettskildefaktoren forvaltningspraksis.

3.1 Polysentri

I drøftelsen av forvaltningspraksis som rettskildefaktor kommer man ikke utenom spørsmålet om det eksisterer en eller flere ulike rettskildelærer som styrer

¹⁰⁴ Fleischer, *Rettskilder*, Oslo 1995, s. 223-224 er ikke enig i denne tilnærmingen. Hans syn på rettskildelæren er strengt normativ. Fleischer hevder at forvaltningspraksis ikke har status som en rettskildefaktor. Dermed kan utenrettslige forhold heller ikke påvirke innholdet til faktoren forvaltningspraksis, hvis man følger Fleischers syn.

rettskildebruken. Dette er tradisjonelt kalt polysentrispørsmålet. Dette handler i stor grad om påvirkningen av ytre, utenrettslige faktorer får betydning for innholdet av den juridiske metode.

Grunnen til at spørsmålet eksisterer er uenigheten om hva som bør være innfallsvinkelen for den juridiske metode¹⁰⁵. Et rettslig problem kan ses fra et maktsynspunkt, altså fra myndighetenes side. På den annen side kan det også ses "nedenfra"¹⁰⁶. Det er når man ser den juridiske metode "nedenfra" at det er rom for å si at det eksisterer flere juridiske metoder.

Enkelte hevder at det kun bør eksistere en innfallsvinkel uavhengig av hva slags rettsområde det dreier seg om. Andre hevder at rettssentrumet må tilpasses de ulike juridiske disipliner slik at rettsanvendelsen får det nødvendige spillerom og faglige tilpasning.

Det er liten tvil om at det er den domstolsbaserte rettskildelæren som anses som gjeldende i dag. Det kommer frem i flertallet av de juridiske fremstillinger som omhandler den juridiske metode¹⁰⁷. Dette gjelder også for forvaltningens rettsanvendelse.

Det underliggende spørsmål i polysentridebatten er hva som kan karakteriseres som en variasjon innenfor den tradisjonelle rettskildelære og når man er over i en juridisk

¹⁰⁵ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 21.

¹⁰⁶ Andenæs, *Sosialomsorg i gode og onde dager*, Oslo 1992, s. 68-69 benytter dette uttrykk om en rettskildelære som har sitt utgangspunkt hos den enkelte rettsanvender. Hans fremstilling gjelder sosialforvaltningen. Dette perspektiv blir også behandlet av Christensen og Læg Reid, *Den moderne forvaltning*, Oslo 1998, s. 203-204. Deres drøftelse omhandler forvaltningens mottagelse av forvaltningspolitiske reformprosesser. Temaet dreier seg i all hovedsak om hvorledes den enkelte saksbehandler og systemet tar imot, aksepterer og gjennomfører rettslige og politiske reformer. På denne måten kan et "nedenfraperspektiv" være fruktbart for å forstå rettsanvendelsen i forvaltningen.

¹⁰⁷ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 16-17 og Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 201-202 reiser spørsmålet og konkluderer at domstolene er og bør være det eneste rettssentrum for den juridiske metode.

metode som tar utgangspunkt i flere rettssentra. Naturlige variasjoner som er nært knyttet opp mot særegenhetene innen de ulike fagfelt, må godtas som nettopp en variasjon over samme tema¹⁰⁸. Jeg tenker for eksempel på tilgangen til rettskilder og hvilken tradisjon som har bygget seg opp innenfor rettsområdet. Synspunktet om at det eksisterer flere rettssentra er mer fagvennlig enn juridisk vennlig. Dette har klart sine fordeler der rettsreglene skal virke. Derimot vil det i et overordnet perspektiv, ut fra styringshensyn og sammenheng, være en ulempe at det gjelder mange ulike varianter av rettskildelæren¹⁰⁹. Dette kan skape usikkerhet og gi mindre godt grunnlag for forutberegnelighet, som er et sterkt rettssikkerhetshensyn.

Jeg behandler forvaltningspraksis ut fra det tradisjonelle synspunkt om domstolene som rettssentrum for den juridiske metode.

3.2 Variasjon og likhet

Det eksisterer en overordnet rettskildelære som alle rettsanvendere må forholde seg til. Forvaltningens rettsanvendere må forholde seg til rettskildene på samme måte som enhver annen rettsanvender. Det er en følge av vår domstolssentrerte rettskildelære¹¹⁰. Likevel finnes det rom for variasjon innenfor ulike stadier av den rettslige prosess. Forvaltningspraksis er en kilde som forvaltningen ikke kan overse i sin rettsanvendelse. Den er i langt større grad bundet av sin egen praksis¹¹¹. Domstolene er ikke bundet av forvaltningspraksis når de skal avgjøre et rettslig spørsmål¹¹².

En nødvendig forutsetning for forvaltningspraksis er at det eksisterer forvaltningsorganer. Innenfor forvaltningssystemet er det en sterk variasjon mellom

¹⁰⁸ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 262 flg. Helset svarer bekreftende på spørsmålet om det eksisterer en systematisk variasjon innenfor ulike grupper av rettsanvendere.

¹⁰⁹ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 265 gir uttrykk for det samme når han henviser til at "en rettskildelære som tar for seg alle nyanser i ulike rettsanvenderes tenkemåte [kan] bli svært omfangsrik og komplisert".

¹¹⁰ Jfr. polysentrispørsmålet, pkt. 3.1.

¹¹¹ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 59 gir klart uttrykk for at forvaltningen selv er bundet av sin egen faste praksis: "I adskillig grad vil *forvaltningsmyndighetenes praksis* også være normdannende – prejudikatsvirkende – innen forvaltningen selv."

¹¹² Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 53.

enhetene, både med hensyn til organenes størrelse og kompetanse¹¹³. Variasjonene kan dermed være et argument for at forvaltningspraksisen er tilsvarende innholdsmessig forskjellig, selv om de bærer den samme betegnelsen. En klar grunn til slike grunnleggende variasjoner mellom organene og deres praksis, er at de opererer innenfor ulike rettsområder. Ulikhetene baseres bl.a. på hvilke overordnede hensyn som gjelder på det enkelte rettsområde. For eksempel vil likhetshensyn være et viktig moment på skatterettens område. En grunn til det er at skatt er noe som berører de aller fleste. Å bli beskattet på like vilkår kan bidra til en rettferdighetsfølelse, som i sin tur underbygger demokratihensynet. På andre rettsområder som omhandler menneskelige forhold, slik som innenfor barnevernet, vil det enkelte barns behov stå som et overordnet hensyn¹¹⁴. Likhetshensynet vil måtte vike til fordel for hensynet til det enkelte barn. Slik kan de overordnede hensyn danne forskjellig utgangspunkt for hvordan forvaltningspraksisen utvikler seg innenfor de ulike rettsområder. Et hensyn som er høyst relevant i et henseende kan være utenforliggende i andre.

3.3 Betydningen av forvaltningsområdets særtrekk

To forvaltningsrettslige områder med forskjellige særtrekk er trygdeforvaltningen og miljøforvaltningen. Trygdeforvaltningen tildeler borgerne rettigheter, ofte av økonomisk art. Miljøforvaltningen kan også sies å gi borgerne rettigheter. Disse rettighetene er av mer ideell karakter, slik som rett til frisk luft og rent vann.

Ut fra disse utgangspunkter kan hovedmålsettingene på forvaltningsområdene være forskjellige. Trygdeforvaltningens målsetting er å sikre økonomisk trygghet¹¹⁵ mens

¹¹³ Forvaltningen og dens organer ”forvalter” et mangfold av rettsområder. Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 5 viser til en generell betegnelse av forvaltningsorgan: ”Når en ser bort fra disse unntakene [bl.a. Storting, domstoler, Ombudsmannen og Riksrevisjonen], anses alle organer som har som hovedoppgave å treffe eller forberede myndighetsvedtak for å høre med til forvaltningen.”. Dette betyr at selv om forvaltningen er en betegnelse, rommer den svært forskjellige områder, hver med sin spesielle karakter.

¹¹⁴ Jfr. lov om barnevernstjenester av 17. juli 1992 nr. 100. § 4-1 gjelder hensynet til barnets beste og bestemmer at det skal ”legges avgjørende vekt på å finne tiltak som er til beste for barnet”.

¹¹⁵ Jfr. for eksempel lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftl.) § 1-1 første ledd.

miljøforvaltningens mål er å ”sikre en forsvarlig miljøkvalitet”¹¹⁶. De forskjellige hovedmålsettingene kan begrunne at hensynet til den enkelte blir ivaretatt på forskjellige måter. Miljøforvaltningen ivaretar et hensyn som kan gå på bekostning av de individuelle behov, mens trygdeforvaltningens målsetting nettopp er å ivareta de individuelle behov. På en slik måte kan hensynet til forutberegnelighet for den enkelte telle mindre i miljøforvaltningen enn i trygdeforvaltningen.

At individuelle behov må stå tilbake for mer overordnede hensyn på miljøforvaltningens område, finner man eksempel på i klagesaksavgjørelsen fra SFT¹¹⁷. Sunnfjord Miljøverks behov for deponering av våtorganisk avfall måtte vike for miljøhensyn i et større miljømessig perspektiv:

”Avfallet medverkar til metanutslipp frå fyllingane, samstundes som det fører med seg store utslipp av næringssalter til vatn. Matavfall fører også til at fuglar og andre skadedyr trekkjer til deponia og dette aukar risikoen for spreiding av smittestoffer til mellom anna drikkjevasskjelder. Våtorganisk avfall fører også til luktproblem for nærmiljøet.”

Som en forlengelse av oppdelingen kan en si at forvaltningsområdene henholdsvis er regelstyrt og målstyrt¹¹⁸. For å sikre likhet i tildeling av økonomisk støtte, vil reglene måtte anvendes likt av forvaltningen. Dette blir enda viktigere når forvaltningens saksmengde er stor, som for eksempel i trygdeforvaltningen. Forvaltningspraksis kan bidra til å sikre at rettsanvendelsen blir ensartet, jfr. pkt. 2.2.1. Regelstyring og likhetshensyn kan begrunne at forvaltningspraksis blir tillagt stor vekt på for eksempel det trygderettslige område.

Andre forvaltningsrettslige områder, som for eksempel miljøforvaltningen, er også regelstyrt. Likevel vil de ulike hovedmålsettingene gi seg utslag i hvordan regelstyringen foregår. Miljøforvaltningen skal jobbe for å oppnå miljømessige mål. Dette kan tilsi at regelverket bør være annerledes og mer fleksibelt utformet, slik at viktige og ulike hensyn kan ivaretas gjennom det samme regelverk. Regelverk som gir forvaltningsorganet slik innholdsmessig fleksibilitet, kan sies å være mer skjønnsmessig

¹¹⁶ Jfr. for eksempel lov om vern mot forurensninger og om avfall av 13. mars 1981 nr. 6 (forurl.) § 1 annet ledd.

¹¹⁷ Jfr. vedlegg 5, side 3, under SFT's prinsipielle vurdering.

¹¹⁸ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 203.

enn regelverk som for eksempel gir klare rettigheter. Når regelverket har en slik fleksibilitet, kan det tilsi at den enkelte sak bør vurderes mer individuelt og helhetlig¹¹⁹. Hensynet til likhet vil derfor kunne være annerledes innenfor de skjønnspregede forvaltningsområder. Så lenge forvaltningen for eksempel ikke utøver usaklig forskjellsbehandling¹²⁰, vil de kunne tilpasse vedtakene til det forhold som skal reguleres. På slike områder kan forvaltningspraksis få mer begrenset vekt, for eksempel i forhold til hvilke formål vedtakene skal oppnå.

Særtrekk ved forvaltningsområdet kan også ha betydning for hvor stor vekt forvaltningen kan legge på sin forvaltningspraksis. Dette har for eksempel sammenheng med hvor stort behov det er for regelstyring. Behovet for rettslig regulering i form av lov¹²¹ har sitt utspring i den grunnleggende rettssikkerhetstanken¹²². Dette anses som kjernen i det ulovfestede legalitetsprinsippet som gjelder på forvaltningsrettens område.

3.4 Tolkning av forvaltningspraksis

Forvaltningspraksis er en relevant rettskildefaktor, både for forvaltningen selv og domstolene. Vekten av rettskildefaktoren avgjøres av Høyesterett i den enkelte sak. Et annet spørsmål er hvilke argumenter (eller slutninger) som kan trekkes ut av den.

Retningslinjer for hvordan tolkningsprosessen bør foregå, finner man i de alminnelige rettskildeprinsippene. Ut fra disse gjelder det et krav til objektiv fortolkning¹²³ ut fra den sammenheng som praksisen¹²⁴ fremkommer i.

¹¹⁹ Et annet spørsmål er om forvaltningsorganet har *plikt* til å foreta en konkret vurdering i den enkelte sak, jfr. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 191 og Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 308.

¹²⁰ Dette er bare et av de krav som stilles for at forvaltningen ikke skal kunne sies å ha utøvd ”myndighetsmisbruk”, jfr. pkt. 2.2.3 om dette.

¹²¹ Jeg benytter definisjonen ”lov” slik Grl. foreskriver i §§76 flg og den tildeling av lovgivningskompetanse som gis gjennom lov, for eksempel forskrifter.

¹²² Jfr. pkt. 1.2.1.1 om rettssikkerhet.

¹²³ Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 53-54

¹²⁴ Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 53 uttaler seg om tolkningen av forvaltningsbeslutninger.

Praksis er uttrykk for et samlet antall forvaltningsbeslutninger. En annen tolkningsmåte av forvaltningspraksis enn den objektive, må derfor begrunnes særskilt.

Boe trekker frem ”forvaltningens høyhetsrett” som argument for å tolke vedtak på annen måte enn det som gjelder mellom private¹²⁵. Dette sier imidlertid lite ut over det alminnelige utgangspunkt om at objektiv fortolkning må veie tyngre enn hensynet til den private part.

Frihagen uttaler om den objektive fortolkningen at det

*”kan neppe være tale om mer enn en noe sterkere tendens til objektiv tolkning av forvaltningsbeslutninger enn den vi ser på andre rettsområder”*¹²⁶.

I lys av den massive lovregulering på forvaltningsrettens område, vil man kunne ta til orde for en noe sterkere form for objektiv fortolkning enn det Frihagen gir uttrykk for. Publikum er avhengig av å kunne innrette seg etter gjeldende regelverk. Den vage og spredte karakter som forvaltningspraksis har, kan være et argument nettopp for å utelate¹²⁷ subjektive elementer i slutningsomgangen. Å innlemme visse subjektive elementer i tolkningsprosessen kan gjøre at forvaltningspraksisens vaghet ytterligere blir forsterket. En sterkere objektiv tolkning av forvaltningspraksis vil antakelig gjøre seg gjeldende spesielt for den praksis som springer ut av regler som pålegger publikum plikter¹²⁸. Rettsanvenderen og den enkelte må kunne forvente seg lik tolkning av forvaltningspraksis uavhengig av hvem i forvaltningen som tolker den. Rettssikkerhetsbetraktninger tilsier en ensartet tolkning av det rettslige argument¹²⁹. Rettskildeprinsippene skaper det nødvendige grunnlag for at den enkelte rettsanvender tolker argumenter på lik måte. Det er likevel ikke sikkert at rettskildeprinsippene *i tilstrekkelig grad* tilfredsstiller målet om ensartet tolkning. Dette kan skyldes mange forhold. Et forhold kan tilbakeføres til rettskildeprinsippenes karakter. At de er uskrevene

¹²⁵ Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 349.

¹²⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 53.

¹²⁷ eller: ikke tillate

¹²⁸ Dette kan ses som spørsmålet om å bruke legalitetskravet i forvaltningen som et tolkningsprinsipp. Bruk av tolkningsprinsippet kan medføre innskrenkende fortolkning av rettsgrunnlaget som hjemler inngrep overfor borgerne. Jfr. Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 84.

¹²⁹ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 69.

og vage retningslinjer gjør at den enkelte rettsanvender i forvaltningen ikke har noen konkrete regler å holde seg til i for eksempel avveiningsomgangen. Et annet forhold som bygger på det første er forskjeller i den juridiske resonnering. Virkningen av rettskildeløshetens karakter vil ofte ikke bli så stor innenfor den juridiske profesjon. Det har sitt grunnlag i den juristtradisjon som juristene vokser inn i gjennom studiene¹³⁰. De rettsanvendere som står utenfor den juridiske profesjon har i utgangspunktet ikke den samme tolkningstradisjon å støtte seg til. Dette kan medføre at ikke-jurister og jurister tolker rettslige argumenter på noe forskjellig måte. Mange av forvaltningens rettsanvendere står utenfor den juridiske tradisjon fordi de ikke er jurister. Forskjellen kan føre til at for eksempel likhetshensyn blir tonet ned i forhold til andre hensyn, selv om dette hensyn kan være et av de viktigste i den konkrete sak.

Dette kan føre til at resultatene av tolkningen av forvaltningspraksis ikke i tilstrekkelig grad tilgodeser de krav til likhet i rettsanvendelsen som rettssikkerhetsmessige hensyn stiller opp. Det er nok likevel ikke grunnlag for å si at manglende juristtradisjoner i seg selv er en fare for rettssikkerheten til den enkelte. Omgjørings- og klageadgangen samt instruksene er med på å motvirke ”farene” for rettssikkerheten som ulik tolkning kan føre til.

Den enkelte har behov for å kunne forutsi sin rettslige stilling. Muligheten til å forutsi vil kunne svekkes av at enkelte subjektive elementer tas inn i tolkningsprosessen. Konsekvensen av en slik tolkningsprosess kan innebære at publikum er avskåret fra å forutsi sin rettslige stilling i enda større grad enn det som ville være tilfelle ved en helt objektiv fortolkning. Dette vil til sist kunne påvirke vekten av forvaltningspraksis som rettskildefaktor fordi den ikke er klar nok.

3.5 Tilgjengelighet

Avgjørelser fra domstolene kan gjengis offentlig¹³¹. Avgjørelsene blir også jevnlig publisert. Publiseringen ivaretar hensynet til at publikum skal kunne innrette seg etter

¹³⁰ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 276, punkt 2.4.

¹³¹ Jfr. lov om domstolene av 13. august 1915 nr. 5 § 124 første ledd.

gjeldende rettstilstand fordi domstolene spiller en viktig rolle i rettens utvikling¹³². Det samme kan ikke sies å være tilfelle for forvaltningsavgjørelser som gir uttrykk for forvaltningspraksis. Utgangspunktet for tilgjengeligheten av forvaltningens avgjørelser finnes i lov om offentlighet i forvaltningen av 19. juni 1970 nr. 69 (offentlighetsloven).

3.5.1 Offentlighetsloven

Forvaltningens saksbehandling foregår skriftlig¹³³ og er offentlig. Dette følger av offentlighetslovens § 2 første ledd. Reglene i offl. går ut på at enhver har rett til å gjøre seg kjent med innholdet i forvaltningens saksdokumenter. Retten er negativt avgrenset og kalles gjerne offentlighetsprinsippet. Offentlighetsloven legger forholdene til rette for at publikum skal kunne skaffe seg informasjon om forvaltningspraksis gjennom saksdokumenter. Begrensningen ligger i at krav om innsyn må relateres til en konkret sak, jfr. offl. § 2 annet ledd ”i en bestemt sak”.

Mye av debatten om offentlighet går ut på at publikum gjennom pressen skal kunne gjøre seg kjent med avgjørelser og derigjennom gjøre seg opp sin mening¹³⁴. Det er erkjent at pressen kan bidra til å ivareta informasjonshensynet overfor den enkelte. Dette er uttrykkelig nevnt i forarbeidene til loven. Pressen har ofte ressurser og kunnskap nok til å undersøke mange saker og kan derigjennom avhjelpe begrensningen om sakstilknytning. Til tross for pressens informasjon, må det antas at dette kun er en avledet positiv konsekvens som publikum kan nyte godt av. Den rettslige siden av offentlighetsloven baseres på tilgang til objektiv og nøytral informasjon overfor den enkelte. Et slikt synspunkt har nok gode grunner for seg, hvis man ser på hvilke saker pressen faktisk velger å se nærmere på. Ofte ligger det andre, bakenforliggende motiver enn å forestå folkeopplysning, for eksempel økonomiske motiver med tanke på hva som er salgbart materiale.

Den faktiske situasjon etter offentlighetsloven gjør at publikums tilgang til informasjon om forvaltningspraksis i avgjørelser er sterkt begrenset. Den enkelte har rett til informasjon om ”vanlig praksis” når vedkommende er part i et vedtak som behandles i forvaltningen, jfr. fvl. § 11 annet ledd bokstav a. Ut over dette vil innholdet av gjeldende praksis måtte søkes i andre kilder, som for eksempel juridisk litteratur og uttalelser fra lovavdelingen og Sivilombudsmannen.

¹³² Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 262.

¹³³ Jfr. fvl. § 23.

¹³⁴ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind II*, Oslo 1991, s. 175 flg.

Manglende informasjon om forvaltningspraksis gir publikum og eksterne rettsanvendere mindre mulighet til å forutberegne sin rettsstilling. Dette kan være betenkelig ut fra alminnelige rettssikkerhetsmessige betraktninger, særlig hvor forvaltningspraksis gir uttrykk for plikter. Det må likevel antas at det ikke svekker den enkeltes stilling i så sterk grad at det representerer en fare for rettssikkerheten rent generelt. Tilgangen til informasjon vil kanskje ha større betydning for hvem som er rettsanvender.

Forvaltningens saksbehandlere har tilgang til mer informasjon om forvaltningspraksis enn den eksterne rettsanvender¹³⁵. Saksbehandlerens tilgang til presedensarkiver kan gi grunnlag for å forutsi hvordan fremtidige saker blir avgjort. Den eksterne rettsanvender har ikke det samme grunnlag for å vite noe om hvordan forvaltningsorganet kan komme til å avgjøre fremtidige saker.

Slik eksklusiv tilgang til informasjon kan føre til skjevheter i det rettskildemessige bilde. Det kan for eksempel tenkes at forvaltningens opplysning om ”vanlig praksis”¹³⁶ får den enkelte til å innrette seg etter den opplyste praksis, selv om det også finnes praksis som taler for en annen løsning¹³⁷. Videre kan det tenkes at forvaltningen anvender argumenter fra forvaltningspraksis som støtter det ønskede resultat. Den eksterne rettsanvender er dermed prisgitt den informasjon som forvaltningsorganet faktisk fremlegger.

Dette vil være mest aktuelt der praksisen ikke er entydig og konsekvent, men der det er rom for vurdering av hva praksisen er et argument for¹³⁸. Når praksisen er mer entydig og klar, vil det ikke være slingsmonn for dette.

I Rt. 1991 s. 586 (Asyldommen) var praksis ikke entydig og konsekvent. Forvaltningen mente at den praksis som forelå vedrørende asylsaker under subjektive sur-place-tilfeller, støttet deres tolkning av den

¹³⁵ Den interne informasjonsstrøm, for eksempel i form av rundskriv som inneholder instruksjer og veiledning.

¹³⁶ Jfr. fvl. § 11 annet ledd bokstav a.

¹³⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 59 omtaler dette som ”selvforsterkende virkninger”.

¹³⁸ Dette er et tolkningsspørsmål.

nå opphevede Fremmedlovs §2 annet ledd. Motparten, asylsøkeren hevdet praksis ikke ga støtte til en slik fortolkning idet tidligere vedtak hadde godkjent asylsøknader på dette grunnlag.

3.6 Instrukser

Instrukser er et internt virkemiddel til bruk for forvaltningen¹³⁹. De skaper plikter for mottakeren i forvaltningen, enten de er generelt eller individuelt utformet. Instrukser kan danne grunnlag for fast forvaltningspraksis. Det kan for eksempel være der instruksene er grunnlag for at saker blir avgjort på samme måte, som igjen fungerer som mønster for fremtidige avgjørelser. Det kan være grunn til å skille mellom instrukser som gjelder den alminnelige lovtolkning og instrukser som gjelder forvaltningens skjønnsmessige myndighet. Grunnen til at det kan tenkes å gå et skille her, er forskjellen på hvem som i siste instans har det avgjørende ord. Domstolene ved Høyesterett har en vid adgang til å føre legalitetskontroll av forvaltningens vedtak. Innenfor det frie skjønn er det likevel forvaltningen selv som har det avgjørende ord. Jeg holder utenfor de tilfeller der domstolen likevel kan ha det avgjørende ord innenfor forvaltningens skjønnsmyndighet¹⁴⁰. Se avsnitt 2.2.2 som behandler fritt skjønn.

På grunn av instruksenes interne formål kan private i utgangspunktet ikke påberope brudd på instruks som ugyldighetsgrunn¹⁴¹. Et spørsmål er om instrukser som har dannet grunnlag for fast forvaltningspraksis, likevel kan påberopes som ugyldighetsgrunnlag av den private part. Spørsmålet gjelder da ikke lenger instruksene i seg selv, men karakteren av forvaltningspraksis som instruksene er et grunnlag for. Gir den uttrykk for en fast regel, vil forvaltningen kunne sies å være bundet av den. Hvis den likevel ikke er av en slik fast karakter, kan et avvik fra praksis medføre at

¹³⁹ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 189.

¹⁴⁰ Jeg sikter til domstolenes rett til å prøve forvaltningsvedtak som kan være et utslag av "myndighetsmisbruk" fra forvaltningens side.

¹⁴¹ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 264, Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 189. Jfr. også sitert uttalelse i Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 89 fra Justisdepartementets lovavdeling. Uttalelsen gjaldt spørsmålet om oljeselskapene, i konsesjonstildelingen om utvinning i olje- og gassfeltene, hadde et rettskrav på at staten ikke skulle bruke en økning av statens andel i olje- og gassutvinningsfeltene som et konsesjonsvilkår. Lovavdelingen gir uttrykk for at instrukser "ikke gir rettigheter til private personer.

forvaltningen ikke fatter vedtaket i tråd med det den private part måtte kunne forvente¹⁴².

Binding av generell lovtolkning gjennom instruks, som igjen danner forvaltningspraksis, vil i utgangspunktet føre til at forvaltningens rettsanvendelse blir ensartet. En ensartet lovtolkning bidrar til at forvaltningen (og den enkelte) lettere kan forutsi sin rettsstilling. Jo flere saker som forvaltningens praksis blir lagt til grunn i, og jo klarere den gir uttrykk for et lovtolkningsspørsmål, dess sterkere står den som en rettskildefaktor. Bruken av lovtolkningspraksis vil også bidra til en mer effektiv ressursbruk. En ulempe med utstrakt lovtolkningspraksis er når det skjer endringer i samfunnet som krever at lovverket eller tolkningen endres. Lovens karakter kan i noen tilfeller gi rom for endringer i tolkningen, slik at de samfunnsmessige endringer kan fanges opp uten at det er nødvendig med endring av loven selv. En konsekvent bruk av lovtolkningsinstrukser kan dermed forsinke tilpasningen til de samfunnsmessige endringer mer enn hvis den enkelte saksbehandler tolket loven i hvert enkelt tilfelle.

3.6.1.1 Binding av skjønnsmyndighet

På områder hvor forvaltningen er tillagt skjønnsmyndighet, er ikke forvaltningen underlagt den samme kontroll fra domstolene som når domstolen prøver lovbundne vedtak. Det vil si at forvaltningen har en eksklusiv kompetanse innenfor lovens skjønnsmessige ramme. Forvaltningen er likevel bundet av de overordnede prinsipper som ellers gjelder for forvaltningens avgjørelser. For eksempel må den avgjøre like saker likt og ikke la hensyn av perifer betydning få avgjørende vekt i sin saksbehandling. I de fleste tilfeller vil forvaltningen ikke ha en like klar lovtekst å forholde seg til som under den generelle lovtolkning. Hvor klar loven er i forhold til den skjønnsmessige kompetanse, vil imidlertid variere. Forholdet mellom pbl. §§ 7 første ledd og 79 kan belyse dette:

Pbl. § 79 sier at: ”Kommunen kan forby bebyggelse som etter sin art eller størrelse avviker vesentlig fra det som er vanlig i strøket, når den etter kommunens skjønn vil hindre eller i særlig grad vanskeliggjøre en forsvarlig utvikling av strøket i fremtiden.”.

¹⁴² Dette er et spørsmål om forhåndsbinding av forvaltningsmyndighet.

Pbl. § 7 første ledd sier: ”Når særlige grunner foreligger, kan kommunen, dersom ikke annet er fastsatt i vedkommende bestemmelse, etter søknad gi varig eller midlertidig dispensasjon fra bestemmelser i denne lov, vedtekt eller forskrift.”.

I forhold til pbl. § 79 er den skjønnsmessige kompetansen mer begrenset enn det som følger av pbl. § 7. Sistnevnte bestemmelse angir i liten grad hvilke retningslinjer som bør følges. Fraværet av overordnet styring kan medføre at ”særlige grunner” blir praktisert forskjellig. Likhets hensynet taler i slike tilfeller for at det bør foreligge en form for overordnet styring. Det kan derfor være behov for nærmere instruks for hvordan skjønnnet skal utøves for å sikre ensartethet i rettsanvendelsen. Dette vil særlig gjøre seg gjeldende for slike tilfeller som pbl. § 7 gir uttrykk for.

Instruks som gir retningslinjer for skjønnnet kan danne grunnlag for at det utvikles praksis hvor skjønnstemaene mer eller mindre er erstattet med objektive vilkår. Dette kan være en fordel på forvaltningsområder som må fatte vedtak under tidspress. Dette tilgodeser hensynet til at like saker blir behandlet likt. Det kan også gjøre at det er enklere for forvaltningen å kommunisere til den enkelte part hva som legges til grunn i skjønnstemaet, slik at denne kan innrette seg etter det. Noe av hensikten med å gi forvaltningen en slik skjønnsmessig kompetanse kan være at det innenfor den skjønnsmessige ramme kan tas hensyn til individuelle forskjeller. En utstrakt bruk av objektive kriterier vil imidlertid ikke være så godt egnet til å hensynta slike individuelle forskjeller. En uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling kan belyse det som er sagt ovenfor:

Uttalelsen gjelder det trygderettslige område og omhandler spørsmålet hvorvidt en person som er registrert som student etter forskrift,¹⁴³ kan legges til grunn for om personen har krav på dagpenger etter ftrl. § 4-2 nr. 1 bokstav c. Folketrygdloven § 4-2 nr. 1 bokstav c gir en ”reell arbeidssøker” rett til dagpenger. Lovavdelingen uttaler at registrering som student kan tillegges vekt i vurderingen om personen er ”reell arbeidssøkende”. I forhold til den individuelle prøvingen uttaler lovavdelingen:

¹⁴³ Jfr. forskrift om studentsamskipnader av 20. april 1990 fra Utdannings- og forskningsdepartementet.

”Ordningen med rett til dagpenger etter folketrygdlovens kap 4 forutsetter en individuell prøving i hvert enkelt tilfelle av om vilkårene for dagpenger er oppfylt. Man kan derfor ikke på generelt grunnlag avslå en søknad om rett til dagpenger fordi søkeren er registrert som student i en studentsamskipnad.”¹⁴⁴.

En utstrakt bruk av praksis som baserer seg på objektive kriterier kan på noen forvaltningsområder være fordelaktig. På andre områder kan slik praksis føre til at saker som bør bli behandlet likt likevel ikke blir det. Gir forvaltningspraksis uttrykk for en fast regel, kan det være vanskelig å få individuelt tilpassede vedtak.

Spørsmålet om forvaltningen har en plikt til å vurdere den enkelte sak individuelt har vært gjenstand for diskusjon. Graver fremhever at særlig ombudsmannsavgjørelsene oppfatter skjønnsmessige kompetanser som et krav til en individuell vurdering¹⁴⁵.

Frihagen fremholder at det skjønnsmessige rettsgrunnlag neppe kan tolkes som et krav til individuell vurdering hvis ikke særlige forhold tilsier det¹⁴⁶. Eckhoff mener at plikten til individuell vurdering avhenger av det enkelte rettsgrunnlag¹⁴⁷.

Etter min mening vil objektiviserte skjønnstemaer lempe mye av konsekvensene for et mindre skjønnstomt vedtak over på den enkelte part. Det blir opp til parten å påklage vedtaket, som kanskje etter en individuell vurdering hadde blitt mer skjønnstomt, jfr. lovavdelingens uttalelse ovenfor. Videre er det derfor liten grunn til å akseptere objektiviserte skjønnstemaer dersom det ikke i tilstrekkelig grad kan godtgjøres at de tilgodeser de fleste individuelle hensyn. Med dette mener jeg at det som et utgangspunkt bør være et element av individuell vurdering, dersom sterke hensyn ikke taler for det motsatte. Slike sterke hensyn kan for eksempel være at de fleste saker reelt sett er like. En akseptering av objektiviserte skjønnstemaer vil i realiteten ligne lovbestemte vilkår. Dette innebærer at noe av formålet med å gi forvaltningen skjønnsmessig kompetanse, blir borte. Reguleringen kunne derfor like gjerne vært basert på lovbestemte vilkår.

¹⁴⁴ Woxholth, *Lovavdelingens uttalelser (1992-1995)*, Oslo 1997, s. 154.

¹⁴⁵ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 191.

¹⁴⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 261.

¹⁴⁷ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 308.

3.7 Forvaltningspraksis de lege ferenda

3.7.1 Rettssikkerhet og rettsriktighet

Kravet til ensartet rettsanvendelse er avledet fra rettssikkerhetsbetraktninger.

Ensartethet i rettsanvendelsen ivaretas gjennom forvaltningens styring av rettsanvendelsen, for eksempel gjennom instruksjer. Dette gjelder særlig på områder hvor forvaltningen er gitt skjønnsmessig kompetanse. Man kan stille spørsmålet om rettssikkerhetsbetraktninger stiller seg i veien for en så sterk styring av rettsanvendelsen at det overlater for lite rom for individuelle vurderinger¹⁴⁸. Fraværet av individuell vurdering kan medføre at den enkelte ikke får de rettigheter som det antas at han har krav på.

Legalitetsprinsippet er primært rettet mot ”inngrep” fra myndighetene. For forvaltningens del kan rettssikkerhetsprinsippet gi seg utslag i et krav om hjemmel, bl.a. i forhold til hjemmelsgrunnlagets klarhet og styrke ved visse typer vedtak. Det må også antas at det under legalitetsprinsippet ligger et krav til at forvaltningens avgjørelser bør være innholdsmessig riktige, i lys av at like tilfeller bør behandles likt. Eskeland kaller dette ”rettsriktighet” og sier ut fra uttalelser i forarbeidene til forvaltningsloven¹⁴⁹ at:

”kravet om likhet ikke bare er et rettssikkerhetskrav rettet til forvaltningens *anvendelse* av loven, men også er et krav som gjelder lovgivningens *innhold* og dermed skal være bestemmende for for¹⁵⁰ de avgjørelser forvaltningen treffer”¹⁵¹.

Sterk styring av rettsanvendelsen i forvaltningen kan i et rettssikkerhetsmessig perspektiv vurderes opp mot konsekvensene som følger av en mer begrenset styring. I sin ytterlighet er det rettssikkerhetsmessige betenkeligheter med både sterk og begrenset styring. Ulempen med sterk styring har jeg forklart ovenfor. Liten grad av styring kan medføre at likhetskravet ikke blir tilstrekkelig tilgodesett. Se om dette i pkt. 3.4.

¹⁴⁸ Jfr. pkt. 3.6.1.1

¹⁴⁹ Jfr. Forvaltningskomiteens uttalelse i St. meld. nr. 32 s. 8.

¹⁵⁰ Feil i bok.

¹⁵¹ Eskeland, *Fangerett*, Oslo 1989, s. 62 jfr. s. 70.

Ingen av de to betraktningmåtene kan isolert sett sies å oppfylle de rettssikkerhetsmessige krav som stilles til forvaltningens rettsanvendelse. Den grad av styring som ivaretar de rettssikkerhetsmessige hensyn på best mulig måte, kan derfor sies å ligge et sted midt i mellom. Jeg mener det er grunn til å nyansere styringshensynet etter de reelle behov. Behovene kan avklares nærmere gjennom det enkelte forvaltningsområdes særtrekk. Jfr. om dette under pkt. 3.3. Dette er bl.a. et spørsmål om hvilket av de to motstridende hensyn av forsvarlighet og effektivitet som får størst vekt. Dette er nok synspunkter som reelt sett tas i betraktning for eksempel ved vurdering av praksis i klageinstansen. Etter min mening taler gode grunner for å fokusere på de konsekvenser som styringen medfører for den enkelte. Det innebærer at forvaltningen, f.eks. ved lovendringer, ikke bare må gjøre seg opp en mening om *innholdet* i sin praksis, men at den også bør vurdere *andre forhold rundt* praksisen. Jfr. siste del av pkt. 3.4. Dette kan gjøres ved å se på rettsområdets stabilitet i forhold til den praksis som foreligger.

3.7.2 Hvilken vekt bør forvaltningspraksis ha?

Å gi en generell angivelse av hvilken vekt forvaltningspraksis bør tillegges som rettskildefaktor, er vanskelig. Grunnen kan være at den ikke så lett lar seg iaktta og identifisere på samme måte som for eksempel lovtekster gjør¹⁵². Det kan være flere grunner til at forvaltningspraksis bør nyanseres noe mer før det lar seg si noe mer generelt om den¹⁵³. Bortsett fra de momenter som rettspraksis vurderer forvaltningspraksis etter, kan nedenfornevnte forhold gi nærmere grunnlag for å vurdere forvaltningspraksisens vekt.

Betydningen av de overordnede forvaltningsrettslige hensyn

Som jeg har vært inne på tidligere, mener jeg det er grunn til å se hvilke overordnede hensyn¹⁵⁴ som gjør seg sterkest gjeldende på det område praksisen foreligger¹⁵⁵.

Hensynet til likhet må antakelig veie tungt når mange blir berørt av praksisen, som for

¹⁵² Det er bl.a. et spørsmål om tilgjengeligheten av forvaltningens praksis.

¹⁵³ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 60 har samme syn.

¹⁵⁴ Jfr. pkt. 2.6.

¹⁵⁵ Jfr. pkt. 3.2 og 3.3.

eksempel i skattespørsmål. Dersom praksis tilgodeser dette hensyn i tilstrekkelig grad, vil det være et argument for å legge vekt på den.

Betydningen av hvilket organ praksis skriver seg fra

Hvis praksis gir uttrykk for intern motstrid, vil den som et utgangspunkt måtte vurderes etter hvilket organ praksisen stammer fra. Juridisk litteratur knytter dette til organets autoritet og kyndighet¹⁵⁶. Det vil altså være et argument for å legge større vekt på praksis som skriver seg fra Sivilombudsmannen, i forhold til praksis som stammer fra det lokale trygdekontor. Grunnen til at man i utgangspunktet må se det slik, er den hierarkiske oppbygningen av forvaltningssystemet. Spørsmålet er altså nært knyttet opp til den ”rang” forvaltningsorganet har som praksisen stammer fra¹⁵⁷. Hvis praksis fra lavere organer ble tillagt større vekt, ville det undergrave forvaltningens hierarkiske struktur. Det kan imidlertid stilles spørsmål om dette er avgjørende for praksisens virkning utad i samfunnet. Større vektlegging av praksis fra et høyere organ, innebærer at den enkelte må bære ulempen av at praksis fra et lavere organ ikke er samkjørt med den praksis parten har fått seg forelagt. Det kan derfor tenkes at dette utgangspunkt bør modifiseres i noen grad fordi forvaltningen selv bør være nærmest til å ha oversikt over foreliggende praksis. Konsekvenshensyn for den enkelte bør derfor tillegges vekt ved vurdering av forvaltningspraksisens vekt.

Betydning av andre rettskilder som korrektiv

Et av hovedargumentene for å anvende forvaltningspraksis som rettskildefaktor, er behovet for ensartet rettsanvendelse. En ensartet rettsanvendelse legger grunnlaget for at den enkelte også i noen grad kan innrette seg etter den. Ulempen med (overdreven) presedensdyrkelse, særlig på områder hvor forvaltningen er tillagt skjønnsmessig kompetanse, er at den i mindre grad tar hensyn til det enkelte tilfelle¹⁵⁸. Sett isolert fra forvaltningspraksisens side, vil det kunne føre til uheldige resultater for enkelte. Hvis man imidlertid ser forvaltningspraksis som en del av det totale rettskildebilde, vil

¹⁵⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 63.

¹⁵⁷ Dette er bare et utgangspunkt. Særskilte organer av lavere rang kan anses for å ha større ekspertise innen ulike felter enn det overordnede organ har.

¹⁵⁸ Jfr. uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling under pkt. 3.6.1.1.

forholdet se annerledes ut. Andre rettskildefaktorer, slik som reelle hensyn, kan bidra til å rette opp en eventuell skjevhet for det enkelte tilfelle¹⁵⁹.

Det kan likevel stilles spørsmål om reelle hensyn får slik vekt som for eksempel domstolene ville tillagt den. Helset gir en kort beskrivelse av rettsanvendelsen i forvaltningen. I følge han er rettsanvendelsen i forvaltningen annerledes enn domstolenes. Han trekker bl.a. frem at saksbehandlerne vanligvis anvender færre rettskilder enn det jurister gjør. De få kilder som forvaltningen anvender mest, er forvaltningspraksis (og rundskriv)¹⁶⁰. Hvis denne rettskildebruken ”erstatte” kilder som lov og rettspraksis, vil det totale rettskildebilde likevel ikke bidra til å rette opp skjevheter som danner seg i praksis.

Betydningen av at retningslinjer anses bindende

Den hierarkiske oppbygningen av forvaltningsapparatet kan få stor betydning for forvaltningspraksis. Klage- og omgjøringskompetansen samt instruksjonsmyndigheten til det overordnede organ, kan føre til at retningslinjer som i utgangspunktet ikke er rettslig bindende, også anses for å være rettslig bindende¹⁶¹. Med andre ord kan saksbehandlerne føle seg like bundet av retningslinjer som av instruks fra et overordnet organ. Det kan resultere i at det tolkningsrom som loven ofte gir, ikke blir anvendt. Dersom en snevrere tolkning av loven legges til grunn i praksis, vil bl.a. tidsperspektivet som forvaltningspraksis har fungert i, avgjøre hvorvidt tolkningen kan tillegges betydelig vekt. Dersom praksis blir lagt til grunn i lang tid, vil det kunne føre til at også domstolene kan legge vekt på forvaltningens tolkning¹⁶².

Lovgivningens treghet som argument for forvaltningspraksis

Endringer i samfunnet kan føre til et behov for endrede regler. Det kan ta lang tid før et definert behov i samfunnet foreligger i lovregulert form. Lovgivningsprosessen tar tid bl.a. fordi det er ”folkets vilje” som skal gjenspeiles. Dette fordrer høringsprosesser som ofte er tidkrevende. Det er likevel ikke alltid det er nødvendig med lovendring. De fleste lover er laget med tanke på utviklingsdyktighet. Tolkningsrommet i de utviklingsdyktige lovtekster kan gjøre at lovgiver slipper å endre loven selv om

¹⁵⁹ Man kan tale om ”resultatets godhet”, jfr. Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 357.

¹⁶⁰ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 hefte 8, s. 263-264.

¹⁶¹ Jfr. eksempel i petitavsnitt under pkt. 2.5.2.

¹⁶² Jfr. pkt. 4.3, note 196.

samfunnet har behov for en endret lovsituasjon. Så lenge lovgivningen åpner for slike tolkningsrom, vil forvaltningspraksis kunne bidra til å gjennomføre raskere endringer som fanger opp tidsgapet mellom en fornyet lovbehandling og behovet for ny lovregulering i samfunnet.

3.7.3 Politiske forhold

Forvaltningen er den del av maktapparatet som skal sette de politiske beslutninger ut i samfunnet¹⁶³. Politikken settes ut i livet ved hjelp av rettslige virkemidler¹⁶⁴. Rettslige virkemidler skal i utgangspunktet ikke berøres av de politiske endringene i samfunnet¹⁶⁵, foruten der elastisiteten¹⁶⁶ i lovgivningen åpner for dette. På områder hvor forvaltningen er tillagt skjønnsmessig kompetanse, kan det være rom for at også politiske forhold kan få betydning i rettsanvendelsen.

Et eksempel på nærmere gjennomgang av forvaltningens praksis er gjengitt under pkt. 2.2.3, hvor departementet ønsker innskjerping av dispensasjonspraksis etter pbl. § 17-2, jfr. § 7 første ledd. Det kan være at den politiske sammensetningen i Regjeringen har et noe annet syn på hvordan dispensasjonspraksisen bør utøves. Dersom det politiske klima er preget av hensynet til fellesgoder, slik som strandsoner, kan det føre til et ønske om skjerpning av praksis innenfor de rammer som lovgivningen setter.

Forvaltningspraksis blir dermed en formidlingskanal for politiske hensyn. Fordelen med å bruke forvaltningspraksis til politiske formål, er at den i større grad enn lovendringer kan bidra til at ”den nye” politikken raskt kan settes ut i det praktiske liv. Ulempen er at praksis på politiske omstridte områder stadig blir utsatt for endringer.

3.7.4 Medienes rolle

Forvaltningspraksis blir bl.a. kommunisert gjennom mediene¹⁶⁷. De politiske målsettinger kan fort endres dersom media retter (berettiget) kritikk mot gjeldende

¹⁶³ Graver, *Alminnelig forvaltningsrett*, Oslo 1999, s. 92.

¹⁶⁴ Jfr. begynnelsen av pkt. 2.6.

¹⁶⁵ Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 30, Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 79.

¹⁶⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett*, Oslo 1991, s. 186.

¹⁶⁷ Jfr. petit under pkt. 3.5.1.

praksis. Frihagen¹⁶⁸ fremhever at dette kan bidra til å styrke rettssikkerheten. Selv om medias kritikk kun er rettet mot en enkeltsak, kan en endring av forvaltningspraksis føre til at også andre, lignende saker får en fornyet behandling uten at den enkelte har klaget over vedtaket.

¹⁶⁸ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 80.

4 Rettskildemessig verdi, Høyesteretts avgjørelser

4.1 Innledning

Omfanget av forvaltningspraksis er betydelig i forvaltningen. Innenfor de ulike forvaltningsgrener blir den i varierende grad benyttet som rettskildegrunnlag for en rettslig løsning. Andre ganger fungerer praksisen som et argument for tolkninger fra andre rettskilder. Tolkningsbidraget som forvaltningspraksis yter, er hovedsaklig rettet mot tolkingen av lover. Forvaltningspraksisens relevans som rettskildefaktor kan ikke overses i disse henseende¹⁶⁹. Spørsmålet er imidlertid hvilken vekt forvaltningspraksis kan tillegges¹⁷⁰.

Overfor forvaltningen har Høyesterett det avgjørende ord for rettsanvendelsen¹⁷¹. Dette følger av den legalitetskontroll som domstolene, med Høyesterett i spissen, fører med forvaltningen. Legalitetskontrollen er en rettssikkerhetsgaranti for den enkelte. Ut fra Høyesteretts praksis kan man finne direkte eksempler på hvordan den aktuelle loven bør tolkes.

Høyesterettspraksis danner retningslinjene for den juridiske metode¹⁷². Dette sier noe om hvordan den forholder seg til rettsanvendelse på et mer generelt plan. Høyesteretts konkrete lovtolkning, sammenholdt med de generelle metodiske trekk som gjenfinnes i dommene, kan si noe om hvilken vekt forvaltningspraksis blir tillagt. Det er spesielt de metodiske trekk som er interessante i oppgavens sammenheng.

¹⁶⁹ Jfr. pkt. 2.4 ovenfor.

¹⁷⁰ Forholdet mellom relevans og vekt er behandlet innledningsvis under pkt. 1.3.1 ovenfor.

¹⁷¹ Jfr. Grl. § 88. Med unntak for den delen av rettsanvendelsen som er unndratt fra domstolsprøvelse. Jfr. avsnitt 2.2.2.

¹⁷² Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 146-147.

Jeg vil gjennom noen dommer forsøke å belyse vekten av forvaltningspraksis som rettskildefaktor.

I denne sammenheng vil jeg understreke at andre spørsmål, relatert til rettspraksis som rettskildefaktor, også har betydning for vekten av forvaltningspraksis. Jeg sikter til forhold som for eksempel dommens alder og hvor klart domstolens syn kommer til uttrykk. I relasjon til det første eksemplet kan det ha foregått en utvikling i retten og samfunnet som tilsier at løsningen etter den eldre dom ikke er like opplagt. Det har sammenheng med hvor ofte spørsmålene virkelig kommer for retten, noe som igjen avhenger av andre faktorer. Jeg vil ta med disse synspunkter i den grad de spesielt kommer frem i dommene.

Jeg tar utgangspunkt i fire dommer fra Høyesterett. Rt. 2000 s. 220 (Yrkesskade I) og Rt. 2000 s. 1028 (Yrkesskade II) er fra det trygderettslige forvaltningsområde og gjelder yrkesskadedekning. Rt. 1973 s. 679 (Ibestad Havfiske) er fra den skatterettslige område og omhandler inntektsfradrag i ligning. Rt. 1980 s. 1070 (Klagefristkjennelse) er fra det sivilrettslige område og gjelder tvml. § 54 om ”rettslig interesse”.

Jeg har valgt disse dommer fordi den konkrete lovtolkning kan gi illustrasjon på de metodiske trekk som Høyesterett anvender. Dessuten gjenfinner man visse trekk som gjør seg gjeldende på tvers av saksforholdene.

Innledningsvis er det nødvendig å gi en generell beskrivelse av hvordan forvaltningspraksis kommer inn som rettskildefaktor.

Rettskildemessig sett kan forvaltningspraksis opptre på to forskjellige måter. Det sterkeste uttrykk finner man der praksisen i seg selv gir et argument for hvordan en konkret sak kan løses. I andre tilfeller fungerer den mer som en tolkningsfaktor for argumenter fra andre rettskilder, som for eksempel en lovtekst¹⁷³.

¹⁷³ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 234-235 og Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 59-60. Boe, *Innføring i juss*, Oslo 1996, s. 269 sier at forvaltningspraksis kan ”hjelpes til med å få brakt tolkningstvil ut av verden.”

Vekten av forvaltningspraksis kommer best frem der den selvstendig gir uttrykk for løsningen av et rettsspørsmål. Men dette er ikke tilstrekkelig når man skal vurdere vekten av den¹⁷⁴. De argumenter man kan få ut av forvaltningspraksis må avveies mot argumenter fra andre rettskildefaktorer. Vekten av forvaltningspraksis vil dermed avhenge av hvilke argumenter som følger av andre rettskildefaktorer¹⁷⁵. Gir rettskildefaktorene uttrykk for de samme argumenter, er behovet for avveining ikke tilstede fordi de vil føre til det samme resultat¹⁷⁶. Vektspørsmålet kommer på spissen når argumentene som følger av forvaltningspraksis ikke gir det samme resultat som argumentene fra en eller flere av de andre rettskildene.

4.2 Yrkesskadedom I og II

Yrkesskade I er av Høyesterett behandlet etter lov om folketrygd av 28. februar 1997 nr. 19 (ftrl.) § 13-6. Spørsmålet i saken var hvorvidt en elverksansatt installasjonsinspektør, som ble drept i kollisjon på vei fra hjemmet til dagens første oppdrag, hadde krav på yrkesskadedekning etter ftrl. § 13-6. Rett til yrkesskadedekning berodde på om han hadde vært ”i arbeid på arbeidsstedet i arbeidstiden” da ulykken inntraff. Yrkesskadedekningen var etter bestemmelsens fjerde ledd noe utvidet for de tilfelle at transporten hadde skjedd ”i arbeidsgivers regi”, jfr. bestemmelsens fjerde ledd.

Yrkesskade II gjaldt også yrkesskadedekning etter ftrl. § 13-6 og hadde et tilsvarende faktum. Saken kom opp for Høyesterett 6 måneder etter at det var avsagt dom i Yrkesskade I. Dom nr. to bygget på rettsoppfatningen til flertallsvotumet i Yrkesskade I og gjentar viktige uttalelser fra dommerens argumentasjon. Hovedvekten i drøftelsen er

¹⁷⁴ Det er noe ulik begrepsbruk i vektterminologien i den juridiske teori. Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 mener at en rettskilde kan ha ”egenvekt”. Uttrykket kan forstås slik at rettskildefaktoren ikke behøver å sammenlignes med andre for å vise sin vekt. Likevel kommer det frem at uttrykket brukes som en målestokk der rettskildefaktoren blir sammenlignet med andre rettskildefaktorer. Eckhoff/Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 28 mener det ikke er grunn til å gå inn på denne terminologien da den virker misvisende. Til tross for forskjellig begrepsbruk er forfatterne innholdsmessig enige i hvordan vektspørsmålene bør behandles.

¹⁷⁵ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986 og Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 28 er enige om innholdet i definisjonen ”relativ vekt”.

¹⁷⁶ Helset, *Innledning til rettskildelæren*, JV 1986, s. 283 beskriver dette som ”faktorharmoni”.

lagt på Yrkesskade I fordi det er denne dommen som inneholder de prinsipielle uttalelser. Jeg vil hen vise til Yrkesskade II i den grad den kan bidra til vurderingen.

Forvaltningspraksis er en av de sentrale rettskildefaktorer i saken. Argumentbærerene for praksisen var trygdemyndighetenes og senere også Trygderettens praksis samt uttalelser i forarbeidene om gjeldende praksis.

Utviklingen av yrkesskadedekningen går tilbake til lov av 23. juli 1894. Den ble senere erstattet av tre nye lover som gav yrkesskadedekning til fiskere og senere industriarbeidere og sjømenn. Praksis vedrørende yrkesskadedekningen etter disse lovene ble kodifisert ved vedtagelsen av lov om yrkesskadetrygd av 12. desember 1958 nr. 10¹⁷⁷. Forarbeidene til den neste lov av 1966, gml.ftl., inneholdt uttalelser om praksis vedrørende tilfeller som utvidet yrkesskadedekningen dersom ”de trygdete transporteres til eller fra arbeidet med bedriftens egne eller leide transportmidler”, jfr. Rikstrygdeverkets utredning av 15. desember 1956 § 10, side 56.

Det var ftl. § 13-6 annet ledd som var grunnlaget for at yrkesskadedekning kunne tilkjennes i Yrkesskade I. Spørsmålet var om bilen var avdødes ”arbeidssted”. Fjerde ledd omfatter den noe utvidede adgang til yrkesskadedekning når transporten har foregått ”i arbeidsgivers regi”. Etter førstvoterendes (som tilhørte flertallet) syn på gjeldende rett, var det i utgangspunktet ikke samsvar mellom den språklige forståelsen av ”i arbeidsgiverens regi” og gjeldende forvaltningspraksis på området¹⁷⁸. Den språklige forståelsen av lovens ordlyd omfattet flere tilfeller enn hva som fulgte av trygdemyndighetenes praksis. Dette er ikke et helt klart motstridstilfelle. Som et utgangspunkt kunne mangelen på samsvar mellom rettskildefaktorene likevel føre til ulikt resultat. Avveiningen mellom faktorene har derfor avgjørende betydning for resultatet i saken.

¹⁷⁷ Jfr. Ot.prp. nr. 35 for 1958 side 24 spalte 2.

¹⁷⁸ Dette bygget førstvoterende på Rikstrygdeverkets utredning, og uttalelser om gjeldende praksis. jfr. Ot. prp. nr. 29 (1995-1996) side 132 spalte 1, ”tilsvarer gjeldende praksis”. Praksisen dekket tilfeller der transporten skjedde ”med bedriftens egne eller leide transportmidler”. Uttrykket ”i arbeidsgiverens regi” ble inntatt først i den nyeste folketrygdloven, ftl. §13-6 fjerde ledd. Dette var ifølge forarbeidene til denne loven, en kodifisering av gjeldende praksis. Jfr. s. 229 i dommen.

Etter generelle avveiningsprinsipper må rettskilden forvaltningspraksis vike for lovens ordlyd. Hensynet til demokrati og forutberegnelighetsbetraktninger tilsier dette. Skal argumenter fra forvaltningspraksis slå igjennom for lovens ordlyd, må det foreligge spesielle hensyn og omstendigheter som kan begrunne et unntak fra dette utgangspunkt. Slike spesielle hensyn og omstendigheter kan gjenfinnes i forvaltningspraksisen selv. Førstvoterende sier om dette:

”[T]rygdemyndighetenes praksis i seg selv må tillegges betydelig vekt i de tilfeller den er langvarig, omfattende og konsekvent”¹⁷⁹

Momentene som dommeren henviser til har utviklet seg fra en omfattende rettspraksis¹⁸⁰. Fremveksten av disse kan ses på bakgrunn av forvaltningspraksisens vaghet og omfang. Skal man kunne trekke rettslige slutninger fra forvaltningspraksis, tilsier momentene at forvaltningspraksisen bør være klar, slik at enhver kan skaffe seg kunnskap om dens innhold. Dette er igjen viktig for å kunne forholde seg til hva som følger av rettskildefaktoren. Momentene vil på denne måten bidra til å fremheve de klare sidene ved rettskilden. Momentene er formulert, men ikke klart avgrenset. Det må derfor bero på en konkret vurdering hvilken vekt momentene kan tillegges. Den konkrete vurdering har sitt utgangspunkt i de særtrekk som gjelder for det enkelte forvaltningsområde¹⁸¹. Det gjelder også i denne avgjørelsen. Førstvoterende sier dette ved at han påpeker at det er ”trygdemyndighetenes praksis” som skal vurderes. At vi befinner oss på masseforvaltningens område kan begrunne at det tas konsekvenshensyn

¹⁷⁹ Momentene, som er hentet fra Rt. 1995 s. 54 s. 60-61, er gjengitt i Yrkesskadedom I på s. 228. Rt. 1995 s. 54 omhandler retten til utvidet barnetrygd etter lov om barnetrygd av 24. oktober 1946 nr. 2 § 2 annet ledd. Saken gjaldt om retten til utvidet barnetrygd var i behold hvis den stønadsberettigede, i dette tilfelle moren, inngikk ekteskap med en annen enn barnets far. Spørsmålet var om hun fortsatt kunne bli ansett som ”alene om omsorgen for barn”.

¹⁸⁰ Rt. 1963 s. 1042, Rt. 1972 s. 570, Rt. 1973 s. 87, Rt. 1973 s. 679 (Ibestad Havfiske), Rt. 1974 s. 976, Rt. 1975 s. 992, Rt. 1980 s. 1070 (Klagefristkjennelse), Rt. 1985 s. 93 (Sira Kvina), Rt. 1989 s. 1026 (Reklameskiltkjennelse), Rt. 1991 s. 74 (Bergkompani), Rt. 1991 s. 1182 (Brenden), Rt. 1995 s. 54, Rt. 1995 s. 1317, Rt. 1997 s. 527 (Røntgeninstitutt), Rt. 2000 s. 220 (Yrkesskade I), Rt. 2000 s. 1028 (Yrkesskade II), Rt. 2001 s. 435, Rt. 2001 s. 995, Rt. 2002 s. 552.

¹⁸¹ Jfr. om forvaltningsgrenenes særtrekk i pkt. 3.3.

slik det ble gjort i Rt. 1995 s. 54¹⁸². Førstvoterende sier der at forvaltningspraksisen har ”fått virkning for et meget stort antall stønadsmottakere”. I Yrkesskade I er konsekvensbetraktninger også en del av avveiningsgrunnlaget.

Jfr. uttalelsen ”En slik utvidelse ville medføre at yrkesskadedekningen for reiser til og fra arbeid ville bli vesentlig utvidet i forhold til trygdemyndighetenes praksis.”.

Den generelle betraktningen om å la yrkesskadedekningen omfatte (alle) tilfeller av ulykke i forbindelse med reise til og fra arbeid, ville ifølge retten ført til en utvidelse av yrkesskadedekningen. Dette kunne verken begrunnes i bestemmelsen selv eller dens forarbeider, etter førstvoterendes syn.

Jfr. ”Det har derfor etter min mening ikke dekning i lovens ord og forarbeider eller i trygdemyndighetenes praksis å la yrkesskadedekningen generelt omfatte de tilfeller en ulykke finner sted i forbindelse med arbeid.”. Førstvoterende sier videre: ”Någjeldende § 13-6 fjerde ledd og denne bestemmelses forarbeider gir ikke grunnlag for og kan forutsetningsvis anføres mot en slik utvidelse.”¹⁸³.

Andre hensyn som ikke er knyttet til det særlige forvaltningsrettslige område kan også få betydning for avveiningen. I denne saken henviser dommeren til praksisens vekt ved at trygdemyndighetenes og Trygderettens praksis gjennom tidene har blitt kodifisert av lovgiver:

”I vår sak får imidlertid trygdemyndighetenes praksis en særlig betydning, fordi lovgiver ved flere anledninger har vist til forvaltningspraksis ved beskrivelse av gjeldende rett og i merknadene til de senere vedtatte bestemmelser.”¹⁸⁴.

Dette er en klar begrunnelse for at praksisen blir tillagt særlig vekt i forhold til lovens ordlyd. Yrkesskade II viste til dette, og understreket det rettskildemessige poenget:

¹⁸² Jfr. note 179. Yrkesskade I henviser til Rt. 1995 s. 54 på s. 228.

¹⁸³ Jfr. s. 230 i Yrkesskade I.

¹⁸⁴ Jfr. s. 228 i Yrkesskade I.

”Dette innebærer at praksis – i den utstrekning denne gjennomgående er konsekvent og entydig – på dette området vil ha større vekt enn ellers som rettskilde.”¹⁸⁵.

Etter førstvoterendes syn tilfredsstilte trygdemyndighetenes praksis kravene til tid, omfang og ensartethet. Forarbeidenes henvisning til forvaltningspraksis har sammen med den eksisterende forvaltningspraksis bidratt til at ordlyden i § 13-6, fortrinnsvis fjerde ledd, har fått et noe snevrere innhold enn den språklige forståelse skulle tilsi. Saken måtte dermed løses etter lovens hovedregel om at yrkesskadedekningen begrenset seg til selve arbeidsstedet (og reise mellom flere arbeidssteder). Arbeidstakerens dødsbo fikk ikke medhold i kravet om yrkesskadedekning etter ftrl. § 13-6.

Annenvoterende, som tilhørte mindretallet på to dommere, anså ikke at forvaltningens praksis oppfylte kriteriene for å tillegge den avgjørende vekt. Grunnen var at forvaltningens praksis ikke ga et tilstrekkelig svar på tolkningsspørsmålet i saken. Som bidrag til tolkningen av forvaltningspraksis anvender han de formål som yrkesskadedekningen skulle tilgodese. Disse finner han dekning for i uttalelser fra forarbeidene. Kjernen i formålet er etter hans mening ”sammenhengen mellom arbeidet og ulykken”. Den siden av formålet som dommeren tolket forvaltningspraksis i lys av var ”spørsmålet om arbeidstakeren var i arbeid under arbeidsgiverens instruksjon og kontroll”. Til tross for den massive praksis, kunne den ifølge annenvoterende ikke gi svar på om spørsmålet om arbeidstakers tilknytning til arbeidet var tatt i betraktning i trygdemyndighetenes avgjørelser. Siden dette spørsmål var utslagsgivende for annenvoterendes syn på trygdemyndighetenes praksis, måtte (hans) tolkning av loven få avgjørende vekt.

Dommen illustrerer at forvaltningspraksis kan få betydelig vekt i avveiningsspørsmålet. Til tross for at førstvoterende omtaler trygdemyndighetenes praksis, er den ikke avgjørende for sakens resultat i sin direkte form. Løsningen ligger etter hans syn i ordlyden, til tross for den innledende bemerkning om dens rekkevidde. Lovens ordlyd blir tolket noe innskrenkende. Dette finner han begrunnelse for i lovenes forarbeider.

¹⁸⁵ Jfr. s. 1033 i Yrkesskade II.

Selv om førstvoterende bygger sitt resultat på forarbeidene, er det i realiteten forvaltningspraksis som blir vektlagt. En grunn til at Høyesterett skyver forarbeidene i spissen for trygdemyndighetenes praksis, kan være at resultatet i saken er til ugunst for den trygdede. Førstvoterende sier klart at den språklige forståelsen av lovens ordlyd kunne ”omfatte mer enn transport med arbeidsgivers egne eller leide transportmidler”¹⁸⁶. Den innskrenkende tolkningen fører til at trygdede som etter lovens ordlyd skulle blitt innrømmet yrkesskadedekning, likevel ikke har krav på det. Forarbeidene presiserer lovens uttrykk og sier ofte noe om lovens formål. Det faktum at forarbeidene fungerer som lovgivers grunnlag for å vedta lover, gir den autoritet, ettersom den er en del av lovgivningsprosessen. Det viktige her er at forarbeidene og trygdemyndighetenes praksis støtter opp om hverandre.

Yrkesskade I har en utførlig drøftelse av trygdemyndighetenes praksis, som har utviklet seg til lovtolkningspraksis¹⁸⁷. Under lovtolkningsspørsmål er det domstolenes lovtolkning som er avgjørende¹⁸⁸. Trygdemyndighetenes lovtolkningspraksis har likevel fått en sentral plass fordi den ble ansett å være konsekvent av førstvoterende. Forvaltningspraksis bidrar til å støtte hans syn på tolkningen, og blir stående som en tolkningsfaktor for argumenter fra andre rettskildefaktorer, slik som lovens forarbeider, formålsbetraktninger og reelle hensyn. De sistnevnte rettskildene støttet det konsekvenshensyn som førstvoterende la vekt på.

Yrkesskade I gir uttrykk for flere begrunnelser for å tillegge forvaltningspraksis betydelig vekt i dette tilfelle. Kriteriene praksisens lengde, omfang og konsekvens danner her bare utgangspunktet. Det avgjørende for avveiningen i denne saken var forarbeidenes anerkjennelse av innholdet i trygdemyndighetenes praksis. Innslaget i forarbeidene kunne være nødvendig for å tillegge forvaltningspraksis den vekt som den fikk. Grunnen til dette er sakens konkrete utfall som gikk i arbeidstakerens disfavør.

¹⁸⁶ Jfr. Yrkesskade I s. 229.

¹⁸⁷ Jfr. pkt. 2.2.1 om lovtolkningspraksis ovenfor.

¹⁸⁸ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 268.

Vurderingen ville kanskje ikke blitt den samme hvis domstolene ikke kunne støttet seg til uttalelsene i forarbeidene som i adskillig grad gjenspeilet lovgivers vilje.

Til tross for at trygdemyndighetenes praksis ikke hadde avgjørende betydning for resultatet, ville fraværet av kilden i Høyesteretts argumentasjon hatt større betydning. Dette fordi vi befinner oss på masseforvaltningens område hvor lovgivningen har betydning for et stort antall personer i samfunnet. Forvaltningens syn på lovgivningen, og vedtakene som derigjennom blir fattet, er viktig for å ivareta publikums mulighet til å forutse sin rettsstilling. Blir forvaltningens syn på den enkeltes rettsstilling undergravet eller neglisjert av domstolene, ville det kunne svekke den generelle tillit til forvaltningen som maktapparat. Dette ville undergravet forvaltningens funksjon som et av de tre maktorganene i vårt samfunn.

Den metodemessige rekkevidden av dommen må bedømmes etter de alminnelige prinsipper om dommenes virkning for ettertiden¹⁸⁹. Det som er av spesiell betydning her er om det gjelder særskilte prinsipper¹⁹⁰ eller retningslinjer for hvor stor vekt forvaltningspraksis som rettskildefaktor kan tillegges etter denne lære. I dommene kan man gjenfinne noen slike prinsipper. Førstvoterende i Yrkesskade I henviser til trygdemyndighetenes praksis som relevant for avgjørelsen. Dette er ikke spesielt for forvaltningspraksisens del. Gjennom førstvoterendes argumentasjon finner man antydninger til at trygdemyndighetenes praksis måtte tillegges betydning nettopp fordi saken gjaldt masseforvaltningens rettsområde. Den underliggende bemerkning er at avgjørelsen vil få konsekvenser for mange etterfølgende saker.

Den viktigste rekkevidden av dommene vises gjennom Yrkesskade II. Førstvoterende legger i sin helhet til grunn den rettsoppfatning som kom til uttrykk i Yrkesskade I. Yrkesskade I ble avgjort med dissens. Den rettskildemessige verdi for etterfølgende

¹⁸⁹ Dette er formulert som "prejudikatslæren" i den juridiske litteratur. Jfr. Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 157 flg.

¹⁹⁰ Dersom de generelle betraktningene om prejudikatslæren blir ansett som prinsipper, kan en like godt tale om prinsipper for avgjørelsers rekkevidde under den enkelte rettskildefaktor. Det avgjørende er ikke definisjonen, men hva det innholdsmessig kan gi uttrykk for. Jeg vil derfor bruke betegnelsen "prinsipp".

saker begrenses dermed noe. Yrkesskade II var enstemmig. Når Høyesterett i sin helhet anvender de rettslige grunnlag fra Yrkesskade I og enstemmig slutter seg til den, er det en meget sterk grunn til å si at der rettslige grunnlag er befestet. Dette er klare eksempler på at trygdemyndighetenes praksis har blitt tillagt betydelig vekt.

4.3 Ibestad Havfiske (Rt. 1973 s. 679)

Saken gjaldt avskrivning i inntekt for andel i et kommandittselskaps fabrikktråler. Kommanditisten krevde avskrivning på sin egen ligning, mens ligningsmyndighetene hevdet at avskrivningen måtte skje på kommandittselskapets hånd.

Førstvoterende fant støtte for ligning på deltakerens hånd i lovens ordlyd¹⁹¹ og dens forarbeider¹⁹². Forarbeidene viste at formålet med en lovendring fra 1921 var at bl.a. kommandittselskaper ”ikke skal behandles som egne skattesubjekter”. Han uttaler at ligning på deltakerens hånd ”har vært fulgt konsekvent i ligningspraksis”¹⁹³. Ligningsmyndighetene hadde under 40 år praktisert avskrivninger på deltakernes hånd.

Rettstilstanden etter lovens ordlyd var ikke opplagt, men talte for at avskrivningene kunne skje på deltakerens ligning. Dette ble også resultatet i saken. Bygget på premissene, sier dommen rettskildemessig lite ut over de alminnelige rettskildemessige utgangspunkter. Lovens ordlyd danner utgangspunktet for argumentene som støttes opp av forarbeider og langvarig ligningspraksis.

Utgangspunktet for det rettskildemessig interessante i dommen er hvor bundet forvaltningen og Høyesterett anså seg av den gjeldende ligningspraksis.

For forvaltningens del ga den 40 år lange praksisen uttrykk for en rettslig bindende norm¹⁹⁴. Forvaltningen kunne dermed ikke endre sin praksis uten at loven ble endret¹⁹⁵.

¹⁹¹ Jfr. lov av 18. august 1911 nr. 9 med senere endringer i lov av 22. februar 1921 nr. 2 (byskatteloven).

¹⁹² Jfr. Ot. prp. nr. 38, 1920 s. 10.

¹⁹³ Jfr. s. 681 i dommen.

¹⁹⁴ Dette ble det gitt uttrykk for i Utv. 1960 490 og Ot.prp. nr. 30 (1960-61).

Dette er i tråd med synet på at forvaltningen er bundet av sine egne avgjørelser¹⁹⁶.

Hensynet til at borgerne har innrettet seg etter praksisen, slik som parten i nærværende sak, tilsier også at forvaltningen var rettslig bundet av praksisen¹⁹⁷.

Spørsmålet har et annet utgangspunkt for Høyesteretts del. Høyesterett er ikke bundet av forvaltningens praksis når det gjelder lovtolkningsspørsmål. Eckhoff og Smith¹⁹⁸ sier dette klart: ”Generell lovtolkning er alltid en rettslig oppgave.”. Uttalelsen til førstvoterende i nærværende dom kan tyde på noe annet:

”Selv om det skulle ha vært så at lovens løsning [...] kunne være gjenstand for berettiget tvil, ville den foreliggende praksis med bevisst utgangspunkt i en rettskraftig dom måtte anses som uttrykk for en rettslig bindende norm som bare kunne endres ved lov.”¹⁹⁹.

I sin direkte form kan uttalelsen anses som et uttrykk for at Høyesterett likevel er bundet av forvaltningens praksis. Dette innebærer at forvaltningen kan få det avgjørende ord i generelle lovtolkningsspørsmål. Dette er ikke i tråd med det alminnelige utgangspunkt for lovtolkningsspørsmål.

Uttalelsen om ”rettslig bindende norm” er ikke utelukkende basert på ligningsmyndighetenes praksis, men også en underrettsdom fra 1963²⁰⁰. Den befestet en massiv og ensartet ligningspraksis som underbygget lovforståelsen i nærværende sak.

¹⁹⁵ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991 s. 59 sier at avvik fra vanlig praksis kan innebære brudd på likhetsprinsippet.

¹⁹⁶ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 59 gir klart uttrykk for at forvaltningen selv er bundet av sin egen faste praksis: ”I adskillig grad vil *forvaltningsmyndighetenes praksis* også være normdannende – prejudikatsvirkende – innen forvaltningen selv.”

¹⁹⁷ Det *kan* likevel være adgang for forvaltningen til å legge om praksis der de er gitt skjønnsmyndighet, jfr. Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 203-204. Omfanget av adgangen vil variere, bl.a. avhengig av om også den skjønnsmessige siden av vedtaket gir uttrykk for en fast regel.

¹⁹⁸ Eckhoff og Smith, *Forvaltningsrett*, Oslo 1997, s. 268.

¹⁹⁹ Jfr. s. 683 i dommen.

²⁰⁰ Dom av 5. november 1963, Oslo byrett, (Nortank-saken). Upublisert.

Underrettenes²⁰¹ avgjørelser kan bli overprøvd av Høyesterett²⁰², som ikke er bundet av underrettenes avgjørelser. Det har betydning for vekten av en underrettsdom som rettskilde.

Uttalelsen innebærer at Høyesterett tillegger summen av to rettskildemessige argumenter, som Høyesterett selv ikke er bundet av, normdannende vekt.

Spørsmålet er videre hvilken rettskildemessig betydning uttalelsen har for vekten av forvaltningspraksis som rettskilde. Dette kan først gjøres når man har tatt sakens konkrete omstendigheter i betraktning²⁰³.

Uttalelsen kan tolkes i lys av de særlige hensyn som gjør seg gjeldende på det skatterettslige forvaltningsområde. I likhet med det trygderettslige område anses skatteforvaltningen å tilhøre masseforvaltningen. For å tilfredsstille kravet til ensartethet, er skatteforvaltningen avhengig av forsterket sentral styring med rettsanvendelsen²⁰⁴. Konsekvensbetraktninger understøtter betydningen av den sentrale styring; det faktum at mange blir berørt av skatteforvaltningens konsekvente praksis, kan være et argument for at Høyesterett bør tillegge ligningspraksisen ekstra vekt.

En uttalelse fra Rt. 1973 s. 87 kan si noe om hvordan Høyesterett bør forholde seg til ligningspraksis:

”For at denne fast etablerte praksis skal kunne fravikes, må det... foreligge sterke holdepunkter for at den nevnte forståelse er *uriktig* [min utheving][...]”²⁰⁵.

²⁰¹ Fortrinnsvis lagmannsrettene og tingrettene.

²⁰² Jfr. GrL. § 88.

²⁰³ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 62 sikter til en helhetsvurdering.

²⁰⁴ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 225.

²⁰⁵ Jfr. s. 89-90 i dommen.

Slik jeg ser det kan sitatet kaste lys over uttalelsen i denne saken. Sitatet gir etter min mening uttrykk for at Høyesterett må ta forvaltningens praksis i betraktning dersom det ikke finnes sterke grunner for å ikke gjøre det.

Følgen av den ”rettslige bindende norm” var til kommanditistens fordel²⁰⁶. Han fikk fradragsrett i sin ligning. Uttalelsen kan dermed neppe legges til grunn for ligningspraksis som er til skatteyters ulempe²⁰⁷. Dommerens uttalelse bør ses i dette lys.

Uttalelsen kan også tolkes etter de alminnelige prinsipper om rekkevidden av domstolenes avgjørelser. Den siterte uttalelsen hadde ikke betydning for dommens resultat (obiter dictum). Førstvoterende gir klart uttrykk for dette idet han sier: ”Selv om det etter mitt syn på loven er overflødig...”. Etter den alminnelige lære om rekkevidden av Høyesteretts avgjørelser har ikke slike uttalelser like stor vekt som uttalelser som er nødvendig for å begrunne resultatet (ratio decidendi)²⁰⁸.

De konkrete omstendigheter og betraktninger av Høyesterettsdommers rekkevidde kan tilsi at det skal svært mye til før Høyesterett fraviker ligningsmyndighetenes syn på lovtolkningen. Det er i denne sammenheng uttalelsen må leses. For forvaltningspraksis på skatterettens område innebærer uttalelsen at ligningspraksis av lignende art og omfang får vesentlig vekt som rettskildefaktor.

4.4 Klagefristkjennelse (Rt. 1980 s. 1070)

Saken gjaldt en gårdbrukers søksmålsrett etter lov om rettergangsmåten for tvistemål av 13. august 1915 nr. 6 (tvml.) § 54. Et vedtak om forkjøpsrett til fordel for gårdbrukeren hadde blitt omgjort. Klagebehandlingen i Landbruksdepartementet førte ikke frem, og saken ble bragt inn til domstolsbehandling. Under behandlingen i lagmannsretten ble

²⁰⁶ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997, s. 231 uttaler om betydningen av at ligningspraksis går i skatteyters favør, på bakgrunn av Rt. 1975 s. 992: ”Høyesterett holdt... her åpen den mulighet at en ligningspraksis som er klart i strid med loven, kan virke rettsskapende - vel å merke når den går i skatteyderens favør.”.

²⁰⁷ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 61 mener man bør legge særlig vekt på ”behovet for kontinuitet” hvis en omlegging av praksis vil være til borgerens ugunst.

²⁰⁸ Eckhoff ved Helgesen, *Rettskildelære*, Oslo 1997 s. 163.

saken påstått avvist fordi gårdbrukeren ikke hadde rettslig interesse etter tvml. § 54. Den manglende rettslige interesse ble fra statens side begrunnet med at klagefristen etter jordloven hadde utløpt, og at saken dermed måtte avvises. Høyesteretts kjennelse gjaldt avvisningsspørsmålet etter tvml. § 54.

Det første spørsmål var om klagebehandlingen i forvaltningen hadde suspendert fristen etter jordlovens § 13. Gjeldende forvaltningspraksis talte for at klagebehandlingen suspenderte fristen etter § 13. Førstvoterende går ikke nærmere inn på innholdet av praksisen, bortsett fra å vise hvilket resultat den ville føre til i saken. Praksisen var etter førstvoterendes mening ”forenlig med ordbruken”²⁰⁹. Rettssikkerhetsbetraktninger støttet dette syn.

Det rettskildemessig interessante i saken er hvorvidt de argumenter som fulgte av forvaltningspraksis kunne komme til anvendelse under tolkningen av ”rettslig interesse” etter tvml. § 54.

I saken ga verken ordlyden i tvml. § 54 eller rettspraksis tilstrekkelig svar på spørsmålet om gårdbrukeren hadde rettslig interesse i å få sin sak behandlet for domstolene.

Etter de alminnelige rettskildeprinsipper vil argumenter fra rettskildefaktorer i utgangspunktet ha begrenset vekt utenfor det rettsforhold som de forekommer i²¹⁰. I forhold til denne saken vil forvaltningspraksis, som ligger til grunn for den administrative klageordning i forvaltningen, i utgangspunktet ikke ha nevneverdig vekt som argument for tolkningen av tvml. § 54. Det kan likevel tenkes at det kan gjøres unntak fra dette utgangspunkt dersom spesielle omstendigheter taler for det. Hvordan den øvrige rettskildesituasjonen ser ut, kan være en slik omstendighet. Det vil nok likevel føre for langt å si at et fattig rettskildebilde er tilstrekkelig i denne sammenheng. Det må antakelig noe mer til for at argumenter fra et rettsområde kan få betydning for en sak på et annet rettsområde.

²⁰⁹ Jfr. s. 1074 i dommen.

²¹⁰ Dette kan også defineres som et relevans-spørsmål, jfr. pkt. 1.3.1.

I denne saken ga verken ordlyden eller rettspraksis argumenter for om gårdbrukeren hadde rettslig interesse. En løsning på spørsmålet kunne altså ikke forankres i disse rettskildene. Om den foreliggende forvaltningspraksis sier førstvoterende: ”Den praksis som foreligger knytter seg, som det fremgår, bare til den administrative klageordning.”. Dette skulle tilsi at forvaltningens praksis her ikke var et argument av betydning for tolkningen av tvml. § 54. Omstendigheter som likevel kunne begrunne at forvaltningens praksis fikk betydning for tolkningen, kan tilbakeføres til to forhold.

Det ene forhold er at bestemmelsene²¹¹ etter lovgivers syn skulle ha det samme rettslige innhold. Forarbeidene til forvaltningsloven sier klart at ”rettslig klageinteresse” etter fvl. skal svare til innholdet i tvml. om ”rettslig interesse”²¹². Til tross for at reglene regulerer adgangen til henholdsvis domstolsbehandling og klagebehandling i forvaltningsapparatet, er de etter sitt innhold begge ment å fungere som grunnleggende rettssikkerhetsgarantier for den enkelte. At de skal ivareta de samme interesser, kan begrunne at forvaltningspraksis etter fvl. § 28 også kan være et relevant argument ved tolkningen av tvml. § 54. Det andre forhold, som bygger på det første, er at de samme rettssikkerhetsbetraktninger fungerer som gode grunner²¹³ til å ikke behandle adgangen til domstolsprøving og forvaltningsklage på forskjellig vis.

Dette uttaler også førstvoterende idet han sier: ”Jeg kan imidlertid ikke se at saken stiller seg annerledes i relasjon til den meget viktige rettssikkerhetsgaranti som ligger i domstolsprøvingen.”²¹⁴.

En enstemmig Høyesterett kom til at gårdbrukeren hadde rettslig interesse etter tvml. § 54.

Forvaltningens praksis var basert på uttalelser fra Justisdepartementets lovavdeling. At praksisen skriver seg fra dette hold, kan begrunne at den tillegges stor vekt²¹⁵. Det

²¹¹ Tvml. § 54 ”rettslig interesse” og fvl. § 28 ”rettslig klageinteresse”.

²¹² Jfr. Ot. prp. nr. 38 (1964-65) s. 98.

²¹³ Rettskildemessig sett er dette reelle hensyn.

²¹⁴ Jfr. s. 1074 i dommen.

fremkommer også at Sivilombudsmannen har lagt den til grunn, jfr. ” Denne praksis, som bygger på en uttalelse fra Justisdepartementets lovavdeling, og som også sivilombudsmannen har lagt til grunn, er etter min oppfatning forenlig med ordbruken i jordlovens § 13.”. Samlet vil dette kunne gi uttrykk for at den praksis som foreligger er basert på bevisste og velfunderte valg. Dette tilsier at forvaltningens praksis kan tillegges betydelig vekt, sammenholdt med de omstendigheter som nevnt ovenfor.

I denne saken går det mindre tydelig frem hvor stor vekt de enkelte rettskildemessige argumenter er tillagt. Dette kan tyde på at de samlet sett utgjorde ett argument som var viktig nok til å avgjøre sakens spørsmål. Man vil kanskje kunne si noe om forvaltningspraksis’ vekt, i forhold til de andre argumentene i saken, dersom man ser om resultatet ville blitt det samme hvis forvaltningspraksis ikke hadde vært en del av rettskildebildet. De formålsbetraktninger som førstvoterende trekker frem, danner utgangspunktet for at forvaltningspraksis kan tas med i den rettskildemessige vurderingen. Et av de underliggende motiver for forvaltningspraksis er den rettssikkerhetsmessige betraktning om den enkeltes rett til å få sin sak overprøvet. Forvaltningspraksis fungerer dermed som en forlengelse av formålsbetraktningene som bestemmelsene skal ivareta. Likevel er det liten grunn til å anta at resultatet ville blitt det motsatte dersom forvaltningspraksis ikke hadde vært en del av rettskildebildet.

²¹⁵ Frihagen, *Forvaltningsrett Bind I*, Oslo 1991, s. 63 og 287.

5 Avslutning

Domstolene behandler forvaltningspraksis som en relevant rettskildefaktor. Det betyr at argumenter som er hentet fra forvaltningspraksis kan få betydning i avgjørelsen av et rettsspørsmål. Som rettsanvender bør man derfor undersøke om det finnes holdepunkter for en rettslig løsning i forvaltningspraksis på lik linje med andre rettskildefaktorer.

Foruten domstolenes anvendelse av forvaltningspraksis som relevant rettskildefaktor, kan verdien av rettskilden også vises hvor det ikke finnes rettslige argumenter i andre kilder. Finner man argumenter fra forvaltningspraksis på et ulovfestet område, må bruk av forvaltningspraksis være en bedre løsning enn å ikke bruke disse argumentene i det hele tatt.

Noe av problemet med forvaltningspraksis som rettskilde er dens vaghet. Ofte må rettsanvenderen lete i flere kilder for å finne rettslig holdbare argumenter fra forvaltningspraksis. Dette har ikke bare betydning for rettsanvenderen som skal finne argumentene, men også for den enkelte i samfunnet som skal rette seg etter de.

Hvor stor betydning argumenter fra forvaltningspraksis kan tillegges, er et spørsmål som avveiningsprosessen kan gi svar på. Vagheten som forvaltningspraksis er preget av, er en av grunnene til at domstolene stiller krav til argumentenes styrke. Når argumenter fra forvaltningspraksis fyller de krav som stilles, kommer det an på det øvrige rettskildebilde hvor avgjørende disse argumentene er for den rettslige løsning.

Man kan ikke hevde at forvaltningspraksis har samme status som lovtekster. Det er imidlertid ikke snakk om forvaltningspraksisens konkurranse med lovteksten.

Forvaltningspraksis fyller formål som lovteksten kanskje ikke er så godt egnet til. Noen ganger gir forvaltningspraksis uttrykk for et selvstendig argument, andre ganger fungerer den mer som et argument til støtte for andre rettskilder. På denne måten virker de sammen og utfyller hverandre i den rettslige argumentasjon.

6 Litteraturhenvisning

Andenæs, Kristian, Sosialomsorg i gode og onde dager (Oslo 1992)
ISBN 82-518-3085-0

Backer, Inge Lorange, Innføring i naturressurs- og miljørett (3. utg., Oslo 1999)
ISBN 82-417-1109-3

Boe, Erik, Innføring i juss Juridisk tenkning og rettskildelære (Oslo 1996)
ISBN 82-518-3453-8

Christensen, Tom og Per Lægreid, Den moderne forvaltning (Oslo 1998)
ISBN 82-518-3672-7

Eckhoff, Torstein, Forvaltningsrett (6. utg. ved Eivind Smith, Oslo 1997)
ISBN 82-518-3522-4

Eckhoff, Torstein, Rettskildelære (4. utg. ved Jan E. Helgesen, Oslo 1997)
ISBN 82-518-3602-6

Eckhoff, Torstein, Statens styringsmuligheter, særlig i ressurs- og miljøspørsmål
(Oslo 1983)
ISBN 82-518-1783-8

Fleischer, Carl August, Rettskilder (Oslo 1995)
ISBN 82-417-0340-6

Frihagen, Arvid, Forvaltningsrett Bind I (3. utg., Oslo 1991)
(ISBN ikke angitt)

Frihagen, Arvid, Forvaltningsrett Bind II, (5. utg., Bergen 1992)
(ISBN ikke angitt)

Frihagen, Arvid, Forvaltningsrett Bind III, (4. utg., Bergen 1992)
(ISBN ikke angitt)

Graver, Hans Petter, Alminnelig forvaltningsrett, (Oslo 1999)
ISBN 82-00-45237-9

Graver, Hans Petter, Forvaltningsprosessen, Lærebok i reglene om forvaltningens
saksbehandling, (2. opplag, 1997 (Oslo 1995))
ISBN 82-00-22619-0

Graver, Hans Petter, Materiell forvaltningsrett (Oslo 1995)
ISBN 82-00-22741-3

Helset, Per, Innledning til rettskildelæren, JV 1986, hefte 8, s.262-292.

Schartum, Dag Wiese, Rettssikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning
(Oslo1993)
ISBN 82-00-21867-8

Woxholth, Geir, Lovavdelingens uttalelser, Supplementsutgave (1992-1995),
(Oslo 1997)
ISBN 82-417-0854-8

Aarbakke, Magnus, Forvaltningens praksis og uttalelser som rettskilder for domstolene,
Skatterett 3/1985, s. 165-166.